

Rapport explicatif du DFF

Révision de la loi fédérale sur les marchés publics

1^{er} avril 2015

Condensé

Le droit des marchés publics règle un segment important de l'économie suisse. Il repose sur l'accord sur les marchés publics (AMP) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), dont la mise en œuvre est assurée, au niveau de la Confédération, par la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) et son ordonnance (OMP) et, au niveau des cantons, par un accord intercantonal (AIMP). Achevée en 2012, la révision de l'AMP nécessite que l'on adapte également le droit national. Dans le même temps, il y a lieu d'harmoniser autant que possible les actuelles législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics.

Contexte

Formellement approuvé le 30 mars 2012, l'accord sur les marchés publics révisé (AMP 2012) de l'OMC est entré en vigueur le 6 avril 2014, après que le quorum des Etats signataires eut été atteint. La révision de l'accord de 1994 (AMP 1994), auquel la Suisse avait adhéré avec effet au 1^{er} janvier 1996, a porté principalement sur une simplification et une modernisation du texte, sur l'adaptation de l'accord à l'évolution de la technique et, enfin, sur l'élargissement de son champ d'application. Tous les Etats parties à l'accord sont tenus de mettre en œuvre les modifications de ce dernier dans leur droit national et la Suisse ne pourra ratifier l'AMP 2012 qu'après avoir rempli cette obligation. Le 2 juillet 2014, le Conseil fédéral a donc chargé le Département fédéral des finances, conjointement avec le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche, de réviser en conséquence le droit fédéral des marchés publics et, ce faisant, d'harmoniser les législations fédérale et cantonales en la matière.

Pour la Suisse, cette révision doit viser entre autres à renforcer la concurrence, à clarifier certaines questions liées à l'assujettissement au droit, à flexibiliser la procédure d'adjudication des marchés et à adapter le droit aux exigences du futur, par exemple à la passation des marchés par voie électronique. Il s'agit en outre d'améliorer l'accès des entreprises suisses aux marchés des autres Etats membres de l'AMP.

La révision de l'AMP nécessite que l'on adapte aussi bien le droit fédéral que le droit cantonal. La Confédération et les cantons désirent mettre en œuvre les prescriptions internationales en parallèle. Il faudra donc veiller, dans l'intérêt des destinataires de la loi, à harmoniser autant que possible les règles fédérales et cantonales en matière de marchés publics. Les procédures législatives fédérale et cantonales sont menées séparément, mais reposent sur les propositions de réglementation émanant d'un groupe de travail composé paritairement de représentants de la Confédération et des cantons. Après l'achèvement des négociations de révision de l'AMP, ce groupe de travail – placé sous la direction de la Conférence des achats de la Confédération et dirigé par un expert juriste – a analysé différentes questions en profondeur et, au bout d'un an de travaux, a adopté le présent projet de loi.

Objectifs et contenu du projet

Au niveau de la Confédération, la révision de l'AMP 1994 a des incidences aussi bien sur la LMP que sur l'OMP. Depuis leur entrée en vigueur, ces deux actes législatifs ont certes déjà connu plusieurs révisions partielles, sans toutefois que les nouvelles règles soient systématiquement inscrites au niveau approprié, entre loi et ordonnance. Ils sont ainsi devenus relativement confus et parfois difficilement déchiffrables.

Le projet de loi a pour but de mettre en œuvre l'AMP 2012 au niveau de la Confédération, tout en contribuant à harmoniser le droit des marchés publics dans toute la Suisse. A cette fin, la LMP sera remaniée sur le plan linguistique et dotée d'une structure moderne. Il est prévu d'y inscrire de nouvelles définitions et d'y transférer diverses dispositions figurant actuellement au niveau de l'ordonnance, notamment celles concernant les «autres marchés». Les modifications matérielles concerneront principalement les questions liées à l'assujettissement au droit, les nouveaux instruments et les marchés subséquents, sans oublier les thèmes de la négociation et des voies de droit. Ces dernières doivent être étendues, ce qui n'aura toutefois aucune incidence sur les valeurs seuils déterminantes en matière d'appels d'offres. Ces valeurs seuils seront maintenues.

De plus, s'inspirant de l'actuelle réglementation cantonale, le projet propose que la loi distingue à l'avenir entre les marchés publics soumis aux accords internationaux et ceux qui ne le sont pas (marché intérieur).

Portée économique de la révision

Le montant total des paiements effectués en relation avec les marchés publics conclus en Suisse est actuellement estimé à quelque 40 milliards de francs par année. En 2013, l'administration fédérale centrale a acquis à elle seule des biens et des services pour 5,3 milliards de francs.

Selon les estimations de l'OMC, la révision de l'AMP a ouvert de nouvelles possibilités de marchés à hauteur de quelque 80 milliards de dollars. En Suisse également, l'application des règles de l'AMP se traduit par une concurrence accrue entre soumissionnaires. Pour chaque marché, les adjudicateurs publics peuvent choisir entre un plus grand nombre d'offres et opter pour celle qui présente le meilleur rapport qualité/prix, avec à la clé une diminution des coûts à la charge des pouvoirs publics. La sécurité juridique accrue présente en outre un certain potentiel d'économies pour les soumissionnaires également. Enfin, l'élargissement du champ d'application de l'AMP et la mise en œuvre des nouvelles règles dans le droit national faciliteront l'accès des soumissionnaires suisses aux marchés des autres Etats membres.

Table des matières

Rapport explicatif du DFF	1
Révision de la loi fédérale sur les marchés publics	1
.... 2014	1
1 Présentation du projet	5
1.1 Contexte	5
1.1.1 Révision de l'accord sur les marchés publics de l'OMC	5
1.1.2 Nécessité d'adapter le droit national	6
1.1.3 Bases du droit suisse des marchés publics	9
1.1.4 Evolution	10
1.1.5 Différences entre le droit fédéral et le droit cantonal	11
1.1.6 Motifs de la révision	12
1.2 Nouvelle réglementation proposée	13
1.2.1 Travaux préliminaires	13
1.2.2 Objectifs du projet de révision de la loi sur les marchés publics	14
1.2.3 Principales nouveautés	16
1.3 Classement d'interventions parlementaires	16
2 Commentaire des dispositions	18
3 Conséquences	90
3.1 Conséquences pour les finances et le personnel	90
3.1.1 Conséquences économiques	91
3.1.2 Conséquences pour l'environnement	91
4 Rapports avec le programme de la législature	91
5 Aspects juridiques	92
5.1 Constitutionnalité	92
5.2 Droit comparé	92
5.3 Compatibilité avec les engagements de la Suisse au plan international	93
5.4 Forme de l'acte à adopter	93
6 Délégation de compétences législatives	93
7 Mise en œuvre	94
Annexe I: liste des actes législatifs fédéraux concernant directement ou indirectement les marchés publics	95
Titre acte législatif (projet)	99

Rapport explicatif

1 Présentation du projet

1.1 Contexte

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

L'accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics¹ (ci-après AMP 1994) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1996. A ce jour, 43 membres de l'organisation ont adhéré à cet accord plurilatéral, parmi lesquels les 28 Etats membres de l'Union européenne (UE). Conformément à la terminologie de l'OMC, l'accord est dit «plurilatéral» car il engage non pas tous les Etats membres de l'organisation, mais uniquement ceux qui l'ont signé. La Suisse figure parmi les premiers Etats signataires.

L'AMP constitue la base légale des dispositions concernant les marchés publics des accords de libre-échange dits de «deuxième génération» (Chili, Mexique, Colombie, Pérou, Etats du Golfe, Ukraine, Panama, Costa Rica, etc.), de l'accord bilatéral sur les marchés publics conclu entre la Suisse et l'UE (ci-après «accord bilatéral sur les marchés publics»)² ainsi que de la convention de l'AELE³. Etape importante de la libéralisation du commerce international, il règle l'accès aux marchés publics et fixe les principes ci-après régissant leur libéralisation:

- promotion de la concurrence,
- transparence,
- non-discrimination,
- utilisation économique des fonds publics.

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

En 1997, se fondant sur l'art. XXIV:7, let. a, b et c, AMP 1994, les Etats membres ont ouvert des négociations de révision de l'accord, qui ont duré jusqu'en décembre 2011 et se sont achevées formellement le 30 mars 2012⁴. La révision avait pour plat de résistance l'amélioration des conditions-cadres de concurrence. Pour atteindre cet objectif, on a misé principalement sur une transparence accrue (soutien à la passation de marchés par voie électronique, etc.) et sur une lutte systématique contre la corruption, qui fausse massivement 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 de l'accord, à raison tant des personnes que de la matière. L'AMP révisé (AMP 2012) couvre par exemple de manière explicite les enchères électroniques, reconnaît la réalisation d'objectifs environnementaux comme critère

1 Accord sur les marchés publics, 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 instituant l'Association Européenne de Libre-Echange (AELE), RS **0.632.31**.

4 Voir le message du Conseil fédéral concernant la révision de l'AMP (...)

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 la future accession 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 quelque 80 milliards de dollars. Pour ce qui est des soumissionnaires suisses, elle leur permet d'accéder à de nouveaux marchés publics, notamment dans les provinces canadiennes et dans certaines régions urbaines du Japon, ainsi qu'aux marchés des transports urbains en Israël et en Corée. A l'avenir, la Suisse soumettra à l'accord en particulier les marchés publics des tribunaux fédéraux. De plus, donnant suite aux requêtes d'autres Etats 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 le domaine des télécommunications par satellite. Dans le même temps, elle a levé les réserves limitant l'accès à son marché pour les Etats 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 réciproquement ouvert leurs marchés publics 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 Etat membre a l'obligation de mettre sa législation en conformité avec l'AMP révisé (art. XXII:4 AMP 2012). Après que deux tiers des Etats membres de l'AMP 2012 eurent 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 d'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. Or il est dans l'intérêt de son économie que la Suisse applique l'AMP 2012 le plus rapidement possible, s'ouvrant ainsi un vaste potentiel de marché. Tant qu'elle n'aura pas ratifié le nouvel accord, 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 même sans qu'ils soient expressément 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 (*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 1994⁵. Si elle présente au con-

⁵ Par ex. l'arrêt 2P.151/1999 du 30 mai 2000.

traire un caractère programmatore (*non self-executing*), la norme de droit international doit d'abord être transposée dans la législation nationale avant de pouvoir être appliquée par les tribunaux et les autorités.

Comme l'AMP 1994, l'AMP 2012 comprend aussi bien des dispositions directement applicables que des principes nécessitant d'être précisés. 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 contiennent souvent, dans la version anglaise de l'accord, la forme verbale *shall*. Pour d'autres règles de l'AMP 2012, les Etats membres ont la possibilité d'adapter leur législation nationale en fonction de leurs propres besoins. Il s'agit de dispositions ayant un caractère d'exemple (contenant dans la version originale anglaise des expressions telles que *may* ou *such as*). Enfin, quelques éléments de l'AMP 2012, comme l'accession de nouveaux Etats membres et le règlement des différends entre Etats membres, ne concernent pas directement les législations nationales.

Le tableau ci-après présente une vue d'ensemble des dispositions déterminantes de l'AMP 2012.

Article	Thème	Destinataires
Art. I	Définitions.	Parties à l'accord et entités adjudicatrices
Art. II	Portée et champ d'application (entités adjudicatrices: voir en particulier § 4 à 8).	Parties à l'accord et entités adjudicatrices
Art. III	Exceptions concernant la sécurité et exceptions générales (voir en particulier § 2).	Parties à l'accord
Art. IV	Principes généraux (§ 1 à 7) L'art. IV:4 contient également un élément non obligatoire de flexibilisation, qui permet, en relation avec l'art. XII, de lancer des appels d'offres selon d'autres méthodes que l'adjudication en procédure ouverte, sélective ou de gré à gré.	Parties à l'accord et entités adjudicatrices
Art. V	Pays en développement (concerne les conditions d'accession de nouvelles parties à l'accord).	Parties à l'accord, entités adjudicatrices et Comité
Art. VI	Renseignements sur le système d'adjudication des marchés (voir en particulier § 1 à 3).	Parties à l'accord et Comité (VI:3)
Art. VI, VII	Nouvelles exigences de transparence pour la transmission par voie électronique. Les entités adjudicatrices centrales des gouvernements centraux doivent remplir des exigences plus strictes que celles imposées aux entités adjudicatrices centrales des gouvernements sous-centraux.	Entités adjudicatrices
Art. VII	Portée et champ d'application (voir en particulier les § 1 à 3).	Entités adjudicatrices

Art. VIII	Conditions de participation (voir en particulier § 1 à 3).	Entités adjudicatrices et parties à l'accord
Art. IX	Aptitude des soumissionnaires (voir en particulier § 2 à 6, 8, 10, 11, 14 et 15).	Entités adjudicatrices et parties à l'accord
Art. X	Spécifications techniques et documents d'appel d'offres (voir en particulier § 1, 2, 4, 5, 7, 8, 10 et 11).	Entités adjudicatrices
Art. XI	Délais (voir en particulier § 1 à 3, 6 et 8). Si l'appel d'offres est traité par voie électronique, l'entité adjudicatrice a le droit de réduire les délais en conséquence.	Entités adjudicatrices
Art. XII	Négociation (voir en particulier § 2). Assouplissement des exigences en matière de négociation (à évaluer en relation avec l'art. IV:4).	Parties à l'accord et entités adjudicatrices
Art. XIII	Appel d'offres limité (voir en particulier les conditions d'application de la procédure d'appel d'offres limité selon le § 1 et les prescriptions de transparence selon le § 2).	Entités adjudicatrices
Art. XIV	Enchères électroniques (si l'entité adjudicatrice opte pour la méthode de l'appel d'offres électronique, les dispositions de l'art. XIV s'appliquent obligatoirement). Nouvelle base légale internationale régissant les enchères électroniques.	Entités adjudicatrices
Art. XV	Traitement des offres et adjudication des marchés (voir en particulier § 1 à 5 et 7).	Entités adjudicatrices
Art. XVI	Transparence des renseignements relatifs aux marchés (voir en particulier § 1 à 4). Nouvelles obligations concernant la conservation, l'accessibilité et la traçabilité des publications électroniques. Une certaine flexibilité en matière de statistique est prévue pour les cantons (annexe 2) et les entreprises publiques (annexe 3).	Entités adjudicatrices et parties à l'accord / Comité (Statistiques XVI:4, 5 et 6)
Art. XVII	Divulgaration de renseignements (voir en particulier § 1 à 3).	Parties à l'accord et entités adjudicatrices
Art. XVIII	Procédures de recours internes (voir en particulier § 1 à 7).	Parties à l'accord et entités adjudicatrices
Art. XIX	Modifications et rectifications du champ d'application (voir en particulier § 1 à 8).	Parties à l'accord et Comité
Art. XX	Consultations et règlement des différends (voir en particulier § 1 à 3).	Parties à l'accord

Art. XXI	Institutions (voir en particulier § 1 et 3 concernant l'examen de la mise en œuvre de l'AMP 2012 et § 4 (Observateurs).	Comité
Art. XXII	Dispositions finales (voir en particulier § 1 et 2 et 4 à 18).	Parties à l'accord et Comité

1.1.3 Bases du droit suisse des marchés publics

Le droit suisse des marchés publics repose sur l'AMP 1994. C'est en effet dans le cadre de la mise en œuvre de ce dernier qu'ont été adoptées la loi fédérale sur les marchés publics⁶ (LMP) ainsi que l'ordonnance y afférente⁷ (OMP). L'OMP contient pour l'essentiel les dispositions d'exécution de la LMP. Elle a cependant aussi valeur d'acte législatif de base dans la mesure où elle règle, dans son chapitre 3, tous les marchés publics ne tombant pas sous le coup de la LMP et, dans son chapitre 4, les concours de projets et les concours portant sur les études et la réalisation.

La LMP, l'OMP, l'ordonnance sur l'exemption du droit des marchés publics⁸ et l'ordonnance sur l'organisation des marchés publics de l'administration fédérale⁹ (Org-OMP) contiennent les dispositions applicables par les services d'achat de la Confédération. Les valeurs seuils déterminantes conformes à l'AMP sont réglées tous les deux ans par voie d'ordonnance par le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR), en concertation avec le Département fédéral des finances (DFF). Reposant sur les décisions prises en la matière par le Comité des marchés publics de l'OMC, les valeurs seuils exprimées en droits de tirage spéciaux (DTS) et en euros sont converties en francs suisses.

Les cantons appliquent l'AMP de façon autonome sur la base de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 / 15 mars 2001 sur les marchés publics¹⁰ (AIMP) et des directives d'exécution de l'AIMP (DEMP), ainsi que des législations d'exécution cantonales, dans la mesure où les DEMP leur délèguent tout ou partie de certaines compétences.

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. En particulier l'accord bilatéral sur les marchés publics, conclu le 21 juin 1999 et entré en vigueur le 1^{er} juin 2002, a eu sur le droit fédéral des incidences qui ont conduit à réviser partiellement l'OMP et l'AIMP. Cet accord 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. Or, 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 bilatéral sur

⁶ Loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics, RS 172.056.1.

⁷ Ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics, RS 172.056.11.

⁸ Ordonnance du DETEC du 18 juillet 2002 sur l'exemption du droit des marchés publics, RS 172.056.111.

⁹ Ordonnance du 24 octobre 2012 sur l'organisation des marchés publics de l'administration fédérale, RS 172.056.15.

¹⁰ RS 172.056.5.

les marchés publics au niveau de l'ordonnance (OMP) a encore accentué l'éclatement du droit suisse des marchés publics.

De plus, en ratifiant la convention de l'AELE, ainsi que sa version consolidée du 21 juin 2001, la Suisse a étendu aux autres Etats membres de l'AELE l'ouverture réciproque des marchés publics visée avec l'UE dans l'accord bilatéral sur les marchés publics. Elle a en outre conclu à ce jour un nombre non négligeable d'accords bilatéraux de libre-échange, par exemple avec le Chili et le Pérou. Dans ce contexte, étant donné que certains accords conclus avec des Etats tiers en matière de marchés publics et d'accès au marché ont déjà été négociés sur la base des règles de l'AMP 2012, les obligations découlant de ces accords de libre-échange (Colombie, Pérou, Etats du Golfe, Ukraine, Panama, Costa Rica, etc.) sont prises en compte dans le projet de révision du droit des marchés publics.

Enfin, le droit suisse des marchés publics est complété entre autres par la loi fédérale sur le marché intérieur¹¹ (LMI), ainsi que par la loi sur les cartels¹² (LCart). La LMI, qui s'applique aux cantons et aux communes, étend l'interdiction de discriminer des soumissionnaires issus d'Etats signataires de l'AMP ou membres de l'UE/AELE face aux soumissionnaires suisses en interdisant également toute discrimination entre soumissionnaires nationaux, locaux et externes. La LCart a son importance notamment en ce qui concerne les cartels de soumission et autres accords entre soumissionnaires.

1.1.4 Evolution

Le droit suisse des marchés publics est réglé selon une approche respectant le fédéralisme: la Confédération et les cantons mettent 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 entités adjudicatrices et pour les soumissionnaires ont d'ailleurs rapidement suscité de nombreuses interventions parlementaires, parmi lesquelles il y a lieu de citer la motion Jenny¹³, qui a déjà été mise en œuvre. Dans son avis du 21 novembre 2001 relatif à cette motion, le Conseil fédéral reconnaît pour la première fois la nécessité de réviser le droit des marchés publics. De même, le rapport du 14 mars 2002 de l'organe parlementaire de contrôle de l'administration sur le système suisse des marchés publics¹⁴ conclut que les normes de ce système ne correspondent plus à la situation économique et sociétale du pays et qu'elles sont de nature à créer une insécurité du droit dommageable non seulement pour l'économie nationale, mais aussi du point de vue de la politique économique extérieure. Prenant acte de cette réalité, on a alors défini les objectifs d'une révision de la LMP.

Ce n'est cependant qu'en mai 2008 que le Conseil fédéral met enfin en consultation un avant-projet de révision totale de la LMP (ci-après AP-LMP 2008), dans lequel il propose d'uniformiser en partie le droit suisse des marchés publics. Approuvée par la majorité des associations économiques, cette proposition est au contraire rejetée par

¹¹ Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur, RS 943.02.

¹² Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, RS 251.

¹³ Motion 01.3515, Abus et arbitraire dans l'adjudication de commandes publiques dans la construction (E, 3 octobre 2001, Jenny).

¹⁴ Organe parlementaire de contrôle de l'administration – L'ouverture des marchés publics en Suisse sous l'angle juridique et économique, Berne 2002.

tous les cantons. Le 17 juin 2009, après analyse des résultats de la procédure de consultation¹⁵ et compte tenu également du retard pris par la révision de l'AMP, le Conseil fédéral décide de procéder par étapes:

- les travaux de révision totale de la LMP sont suspendus jusqu'à ce que l'AMP révisé soit disponible;
- les éléments de l'AP-LMP 2008 qu'il était urgent d'inscrire dans la loi pour des raisons de politique conjoncturelle, mais pouvant aussi être adoptés par voie d'ordonnance, sont arrêtés de manière anticipée: entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010, l'OMP ainsi révisée crée, en matière de marchés publics, des conditions-cadres juridiques soutenant efficacement les programmes conjoncturels en cours. Les procédures de passation des marchés sont modernisées et flexibilisées grâce à l'adoption d'une réglementation relative aux nouvelles technologies de l'information, à une plateforme de publication électronique, à l'appel d'offres dit «fonctionnel» et au dialogue. Il en résulte des réductions de coûts, un gain de temps et des conditions-cadres juridiques plus claires, aussi bien pour les soumissionnaires que pour les pouvoirs publics. L'OMP révisée contient également des dispositions – pratiquement incontestées lors de la procédure de consultation concernant l'AP-LMP 2008 – qui ne soutiennent certes qu'indirectement les mesures de politique conjoncturelle, mais contribuent à clarifier certains éléments (par ex. possibilité de réduire les délais et réglementation de la préimplémentation);
- avec le message du 19 mai 2010 concernant la modification de la loi fédérale sur les marchés publics (effet suspensif des recours)¹⁶, le Parlement se voit soumettre un projet de révision partielle de la LMP, se limitant à des mesures d'accélération de la procédure de passation des marchés. Le but de la réglementation proposée est d'encourager l'utilisation économique des fonds publics, tout en continuant à garantir des voies de droit suffisantes. Ce projet ne trouve grâce ni devant le Conseil national ni devant le Conseil des Etats.

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 suivants¹⁷: champ d'application à raison des personnes et de la matière, valeurs seuils, exigences relatives aux appels d'offres, critères de sélection (différences entre les critères d'aptitude et d'adjudication et leur pondération), négociation des prix (admise au niveau fédéral, mais non au niveau cantonal; importance du critère du prix), exclusion de la procédure en cours et des procédures à venir, prise en compte de critères non liés à la passation du marché – par exemple de nature sociopolitique – ainsi que, de façon générale, justification des adjudications.

¹⁵ Voir le rapport du DFF sur les résultats de la procédure de consultation sur l'avant-projet concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics. Disponible sous: http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/01611/index.html?lang=fr&dwnload=NHZLpZeg7t,lnp610NTU042l2Z6ln1ae2lZn4Z2qZpnO2Yyuq2Z6gpJCDeYJ8gWym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A--

¹⁶ FF 2010 3701.

¹⁷ Cf. Zufferey Jean-Baptiste, Etude comparative en droit des marchés publics de la Confédération et des Cantons, Fribourg 2003.

Actuellement, la valeur seuil des marchés de biens et de services à partir de laquelle il est nécessaire de publier un appel d'offres est de 350 000 francs dans les cantons et de 230 000 francs à la Confédération. De plus, alors que dans le droit cantonal, les passations de marchés inférieurs à la valeur seuil peuvent être contestées (cf. art. 9, al. 2, LMI), il n'y a pas de voies de droit pour les «autres marchés» de la Confédération. Enfin, à la différence de la Confédération, les cantons distinguent entre le second œuvre et le gros œuvre et connaissent la tradition de l'ouverture publique des offres, mais non le dialogue.

Ces différences accroissent la complexité du système des marchés publics et génèrent de l'insécurité chez les participants aux procédures. Les petites et moyennes entreprises (PME) ne sont pas les seules à répéter inlassablement 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 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. Relevons toutefois que depuis l'entrée en vigueur de la loi sur le Tribunal fédéral¹⁸ (LTF), la Cour suprême constitue la dernière instance 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 approuvé l'AMP 2012, sous réserve de sa ratification par le Parlement. Le dépôt de l'acte de ratification de la Suisse auprès de l'OMC ne pourra toutefois intervenir qu'après l'adaptation des législations fédérale et cantonales concernées (cf. ch. 1.1.1).

Ces dernières années, on s'est rendu à l'évidence que, dans l'intérêt de l'économie du pays, les bases légales fédérales et cantonales régissant les marchés publics nécessitent d'être harmonisées, partout où c'est possible et judicieux. Le Parlement a d'ailleurs invité à réviser le droit des marchés publics à plusieurs reprises (cf. ch. 1.1.4). Un exemple récent en est donné par la motion Bourgeois¹⁹, qui charge le Conseil fédéral, en collaboration avec les cantons, de faire en sorte que les lois fédérale et cantonales sur les marchés publics soient harmonisées, dans la mesure du possible, à la faveur d'une prochaine révision.

La LMP et l'OMP ont pourtant déjà connu plusieurs révisions partielles, sans toutefois que les nouvelles règles soient systématiquement inscrites au niveau approprié, entre loi et ordonnance. Il en a résulté des actes législatifs relativement confus et parfois difficilement déchiffrables. L'harmonisation des législations fédérale et cantonales doit donc permettre aux soumissionnaires, en particulier aux PME, de s'orienter plus facilement dans le dédale des lois.

¹⁸ Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, RS **173.110**.

¹⁹ Motion 12.3577, Programmes destinés à accroître l'efficacité énergétique. Prise en considération des emplois dans notre pays (N, 14 juin 2012, Bourgeois).

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

1.2 Nouvelle réglementation proposée

1.2.1 Travaux préliminaires

La conduite des travaux de révision de la LMP et de l'OMP est assurée par la Conférence des achats de la Confédération (CA), tandis que les adaptations de l'AIMP et de ses directives d'exécution (recommandations; DEMP) relèvent de la compétence de la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP).

En juin 2012, la CA et la DTAP ont chargé un groupe de travail paritaire – nommé AURORA – de soumettre des propositions de révision des actes législatifs fédéraux et cantonaux concernés, étant précisé que la révision devait poursuivre un double objectif: d'une part, assurer la mise en œuvre systématique de l'AMP 2012 aux niveaux de la Confédération et des cantons, tant en termes de contenus que sur le plan formel, et, d'autre part, harmoniser autant que possible les législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics, tout en respectant la répartition des compétences inhérente au système fédéraliste. D'octobre 2012 à septembre 2013, on a alors élaboré, sous la direction du professeur Hans Rudolf Trüeb, des projets d'adaptation de la législation fédérale et de l'AIMP, fondés sur l'AMP 2012. Des auditions ont permis à divers groupes d'intérêts et spécialistes de faire valoir leurs demandes ou avis, dont on a tenu compte dans la mesure du possible.

On a également discuté, au sein du groupe de travail et avec d'autres spécialistes, d'une part, des avantages et des inconvénients de l'ouverture de voies de droit en-deçà des valeurs seuils fixées dans l'AMP 2012, d'autre part, d'une possibilité de mener des négociations. Le 20 décembre 2013, le groupe de travail AURORA approuvait un premier texte de loi et un rapport, qu'une commission de rédaction commune a ensuite encore ponctuellement complétés.

Ces travaux préliminaires ont servi de base au présent avant-projet (AP) de loi. Les procédures législatives fédérale et cantonales sont menées séparément: le projet d'AIMP révisé a été mis en consultation au quatrième trimestre 2014. Etant donné que l'objectif d'harmonisation parallèle des réglementations des marchés publics en Suisse est considéré comme hautement prioritaire, et afin que les résultats des deux procédures de consultation puissent être comparés autant que possible, les contenus de l'AP-LMP et du projet d'AIMP révisé sont pratiquement identiques dans tous les domaines sujets à harmonisation. Des différences ne subsistent que pour les éléments que l'AMP 2012 règle déjà différemment pour la Confédération et pour les cantons (comme le champ d'application subjectif), ou qui sont en relation avec les dispositions qui ne concernent que la Confédération (par ex. exception applicable à l'aide au développement selon l'art. 12, al. 1, let. h, AP-LMP). Finalement, une divergence subsiste en ce qui concerne le droit de recours de la Commission de la concurrence (COMCO) prévue par la LMI, que le CF souhaite maintenir. Différentes questions provenant des unités administratives sont restées ouvertes dans le cadre de la consultation interne à l'administration fédérale qui a eu lieu avant l'ouverture de la consultation relative à l'AP-LMP. Celles-ci n'ont pas été prises en considération dans l'avant-projet, afin que les résultats des procédures de consultation aux niveaux fédéral et

cantonal puissent être comparés autant que possible. Dès qu'ils seront connus et analysés, les résultats des consultations relatives à l'AMP révisé et à l'AP-LMP ainsi que les différences qui demeurent après la consultation interne feront l'objet d'un nouveau cycle de négociations entre la Confédération et les cantons, qui les évalueront conjointement. Les textes législatifs harmonisés seront révisés sur la base de ces résultats et des solutions adaptées seront élaborées en vue de leur présentation au Parlement fédéral. Lors de ces travaux, on se concentrera en particulier sur l'harmonisation des contenus des règles régissant les marchés publics. On prévoit en outre de discuter d'une nouvelle clause dérogatoire concernant les aspects de sécurité: il s'agirait en l'occurrence d'ajouter la sécurité civile aux secteurs faisant exception selon l'art. 3, al. 1, let. e, de l'actuelle LMP.

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

Assurer la mise en œuvre de l'AMP 2012

La révision proposée vise à assurer la mise en œuvre de l'AMP 2012 dans le droit suisse aussi rapidement que possible, aux niveaux tant fédéral que cantonal. Les objectifs du droit actuel des marchés publics (utilisation économique des fonds publics, égalité de traitement et non-discrimination entre soumissionnaires, promotion de la concurrence et transparence des procédures) sont maintenus. Le projet accorde en outre une attention particulière aux mesures de lutte contre la collusion et la corruption et renforce massivement les voies de droit en matière de passation de marchés.

Clarifier et structurer

Les expériences faites et les développements 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 sont dûment pris en compte dans le projet de révision. L'application du droit des marchés publics dans la pratique a notamment montré que certains éléments et certaines notions devaient être clarifiés.

Compte tenu de l'AMP 2012, la LMP sera complétée par des définitions et sa terminologie adaptée. Le projet contient notamment une liste exhaustive de définitions (art. 2, let. a à o, AP-LMP) inspirées de celles figurant à l'art. I AMP 2012. En particulier la nouvelle réglementation du champ d'application subjectif (art. 4 s. AP-LMP) et la définition de marché public (art. 8 AP-LMP), servent à clarifier certaines questions d'assujettissement à la loi (par ex. en relation avec les concessions et les indemnités).

L'AMP 2012 présente une structure différente de celle de l'AMP 1994: définitions, champ d'application, exceptions, principes, procédures, adjudication, voies de droit, etc. L'avant-projet reprend cette nouvelle structure de l'AMP 2012, conforme au déroulement d'une procédure d'adjudication. Il compte 65 articles, répartis en neuf chapitres. Son volume accru par rapport à la LMP actuelle (quelque 30 articles supplémentaires) s'explique par le fait que des contenus essentiels réglés aujourd'hui dans l'ordonnance seront inscrits à l'avenir dans la loi, soit au niveau approprié. Citons pour exemples les «autres marchés» (chap. 3 OMP) et le droit de regard (art. 5 OMP). La loi révisée s'accompagnera néanmoins toujours d'une ordonnance d'exécution, qui en précisera les éléments nécessitant de l'être.

Flexibiliser et moderniser

La nouvelle loi devra offrir aux adjudicateurs publics et aux soumissionnaires la plus grande marge de manœuvre possible – sous réserve du respect des principes du droit des marchés publics – et encourager le recours aux technologies de l'information les plus modernes dans le système des marchés publics. Sur le plan matériel, les modifications proposées de la LMP portent en particulier sur l'adoption d'instruments de mise en œuvre flexibles, permettant d'élaborer des solutions novatrices. C'est ainsi que les instruments prévus dans l'OMP depuis 2010, tels que les enchères électroniques, les marchés subséquents, le dialogue entre adjudicateurs et soumissionnaires et la possibilité de conclure des contrats-cadres (avec accès en ligne), seront formellement réglés au niveau de la loi. A l'avenir, en présence d'une concurrence efficace, la possibilité d'être exempté du droit des marchés publics sera ouverte à l'ensemble des adjudicateurs opérant sur les marchés sectoriels, et non seulement – comme aujourd'hui – à ceux soumis à ce droit en vertu de l'accord bilatéral sur les marchés publics. A la flexibilisation du système des marchés publics contribuera également le fait que lorsque plusieurs adjudicateurs soumis, d'un côté, à la LMP et, de l'autre, à l'AIMP participeront à un même marché, il sera possible de choisir le droit applicable. Dans le même esprit, afin de garantir une utilisation optimale des ressources, le choix du droit applicable sera également possible dans les marchés d'infrastructures nationales. Les normes proposées favorisent une gestion moderne des marchés par les pouvoirs publics, avec notamment des processus internes allégés et un regroupement optimal des commandes.

Harmonisation du droit national des marchés publics

Selon les directives du Parlement et du Conseil fédéral, la révision doit viser, dans la mesure du possible et pour autant que cela soit judicieux, à harmoniser les règles régissant les marchés publics en Suisse. La mise en œuvre de l'AMP 2012 dans le droit suisse est donc mise à profit pour harmoniser les régimes des marchés publics de la Confédération et des cantons, ce qui répond au demeurant à un besoin de l'économie clairement exprimé lors de la procédure de consultation menée en 2008 (cf. ch. 1.1.4). Plusieurs règles ayant fait leurs preuves au niveau de la Confédération, des cantons ou des deux ont été reprises dans le projet de loi. En particulier, l'inscription dans la loi fédérale de la notion de «champ d'application des accords internationaux» (art. 2, let. 1, AP-LMP), qui est actuellement utilisée surtout au niveau cantonal, contribuera de manière importante à l'harmonisation des sources nationales du droit des marchés publics.

Le projet propose par ailleurs plusieurs nouveautés en relation avec les voies de droit (art. 53 ss AP-LMP): l'uniformisation de divers éléments – règles de motivation et de notification des décisions, motifs et objets de recours, délai de recours (20 jours) et réglementation de l'effet suspensif des recours – va consolider les voies de droit dans le système des marchés publics. De plus, les valeurs seuils déterminantes en matière de voies de droit seront également harmonisées, ce qui se traduira, au niveau de la Confédération, par un abaissement de la «valeur litigieuse minimale» dans les procédures d'adjudication des marchés: les voies de droit seront ouvertes pour les marchés dont la valeur sera supérieure ou égale à 150 000 francs. En contrepartie, les cantons souhaitent que l'on étende la possibilité de mener des négociations inscrite dans l'AIMP. A noter également que l'extension de la protection juridique dans le droit fédéral n'aura aucune incidence sur les valeurs seuils déterminantes en matière d'appels d'offres. Ces valeurs seuils seront maintenues.

Le succès de l'harmonisation visée dépendra largement de la mesure dans laquelle les propositions élaborées conjointement par la Confédération et les cantons pourront être effectivement mises en œuvre au niveau tant de la première que des seconds.

1.2.3 Principales nouveautés

Le projet de loi transpose dans le droit suisse en particulier les dispositions contraignantes de l'AMP 2012 et, par conséquent, celles des accords en matière de marchés publics conclus avec des Etats tiers. Il propose en outre l'adoption de principes et de règles visant à uniformiser le droit des marchés publics dans toute la Suisse, de manière à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur.

Parmi les principales nouveautés, il y a lieu de mentionner, outre les définitions, la clarification de certaines questions liées à l'assujettissement (champ d'application subjectif) et celle des marchés subséquents, le durcissement des règles régissant la conclusion des contrats et la liste des sanctions en cas de violation grave des dispositions visant à combattre la corruption. Des instruments plus flexibles (tels que le dialogue, les contrats-cadres, la passation de marchés par voie électronique, les enchères électroniques et les délais réduits) seront adoptés au niveau de la loi et des éléments de l'OMP en vigueur seront intégrés dans cette dernière. Par ailleurs, en cas d'interruption de la procédure d'adjudication, le projet de loi prévoit une obligation de publication. De plus, en raison des particularités de la procédure propre aux marchés publics, les règles relatives aux opinions préconçues seront modifiées par rapport à celles inscrites dans le droit administratif général concernant la procédure de décision.

Aux fins de l'harmonisation des législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics, la Confédération entend étendre les voies de droit, les ouvrant à partir d'une valeur du marché de 150 000 francs. Pour les marchés publics non soumis aux accords internationaux – soit parce qu'ils n'atteignent pas la valeur seuil déterminante, soit parce qu'ils portent par exemple sur des services ne figurant pas sur la liste de l'annexe 2 de l'avant-projet –, le projet propose une procédure simple et rapide.

La révision proposée contribuera à clarifier, flexibiliser et moderniser le droit suisse des marchés publics et en facilitera ainsi l'application. Elle a en outre ceci de précieux qu'elle intègre non seulement les pratiques de la Confédération et des cantons ayant fait leurs preuves, mais également leur jurisprudence respective. Toutes ces nouveautés devraient faciliter l'accès des soumissionnaires au marché, renforçant ainsi la concurrence de même que la rentabilité des marchés publics. Au surplus, la révision vise le maintien des éléments du droit actuel ayant fait leurs preuves.

1.3 Classement d'interventions parlementaires

Le présent projet de loi permet de classer les interventions parlementaires suivantes, actuellement en suspens:

2014 P	14.3208	Combattre la corruption dans l'attribution des marchés publics (E, 20.03.2014, 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, 05.03.14, Graf)

2013 M	13.4278	Achats d'appareils électroniques répondant à des critères sociaux et environnementaux lors d'appels d'offres publics (N, 13.12.2013, Rytz)
2012 M	12.3577	Programmes destinés à accroître l'efficacité énergétique. Prise en considération des emplois dans notre pays (let. a). (N, 14.06.12, Bourgeois)
2012 M	12.3914	Appels d'offres dans les trois langues officielles de la Confédération (N, 28.09.2012, de Buman)
2012 P	12.3910	Loi sur les marchés publics. Sus aux dysfonctionnements (N, 28.09.12, Darbellay)
2012 M	12.3739	Appels d'offres de la Confédération. Équité entre les régions linguistiques (N, 19.09.2012, Hodgers)
2004 M	04.3061	Marchés publics. La formation d'apprentis constitue un critère d'attribution (N, 10.03.04, Galladé)

Les motions 14.3045, 12.3914 et 12.3739 ainsi que le postulat 12.3910 seront mis en œuvre dans l'ordonnance.

2 **Commentaire des dispositions**

Chapitre 1 But et définitions

Art. 1 But

Cet article règle de façon systématique à la fois les buts de la loi et les principes généraux à observer en matière de marchés publics. Ces principes sont les suivants: économicité – associée aux principes du développement durable – (let. a), transparence (let. b), égalité de traitement et non-discrimination entre les soumissionnaires (let. c) et, enfin, promotion d'une concurrence efficace entre les soumissionnaires (let. d). L'efficacité de la concurrence sera assurée principalement par l'art et la manière de procéder aux appels d'offres. Il s'agit en particulier de prévoir des mesures contre les ententes et la corruption, cette dernière étant considérée, avec les cartels de soumission, comme un facteur majeur de distorsion et d'entrave à la concurrence dans le système des marchés publics. La let. d ne modifie en rien les lois spéciales correspondantes: il s'agit plutôt d'un complément spécifique au droit des marchés publics. Les délimitations résulteront de la jurisprudence. L'AMP 2012 crée, dans son préambule et à l'art. IV:4, une base légale internationale plus facilement applicable pour la lutte contre la corruption.

Le respect des principes du développement durable, qui doit accompagner l'utilisation économique des fonds publics, est conforme à l'art. 2, al. 2, de la Constitution fédérale²⁰ (Cst.) ainsi qu'aux directives du Parlement et du Conseil fédéral. L'AMP 2012 mentionne aussi explicitement, à l'art. X:6 (en étroite relation avec l'obligation de non-discrimination de l'art. X:1), la poursuite d'objectifs de politique environnementale. Outre la dimension économique du développement durable, il ne mentionne cependant que sa dimension écologique, car lors des travaux de révision de l'AMP, les États membres ne sont pas parvenus à se mettre d'accord sur le champ d'application de sa dimension sociale. Eu égard à cette absence de consensus, ils se sont accordés, conformément au mandat fixé à l'art. XXII:8 AMP 2012, sur le lancement d'un programme de travail consacré aux aspects du développement durable ayant un impact sur leurs marchés publics. Dans le cadre de ce programme de travail, les États membres doivent examiner, compte tenu de l'obligation de non-discrimination arrêtée à l'art. IV, dans quelle mesure le développement durable et ses trois dimensions – économique, écologique et sociale – peuvent être pris en compte lors de la passation de marchés publics ou, au contraire, ne doivent pas être pris en compte.

L'AMP 2012 se limite donc aux dimensions économique et écologique du développement durable. Le développement durable dont il s'agit dans le projet de révision de la LMP doit être compris pour sa part dans un sens plus large, tel qu'il ressort de la stratégie pour le développement durable 2012-2015 élaborée par le Conseil fédéral. Pas plus tard qu'en 2012, ce dernier affirmait que «la Confédération elle-même, par son mode de consommation, est appelée à montrer l'exemple. Elle peut, dans le cadre des marchés publics, exiger la livraison de produits et d'ouvrages fabriqués dans le respect des critères de rentabilité, de protection de l'environnement, de protection de la santé et de responsabilité sociale»²¹. De fait, les appels d'offres des pouvoirs publics intègrent déjà régulièrement des critères environnementaux. Pour ce qui est du développement durable «social», il en sera tenu compte notamment en ceci que lors d'achats de prestations à l'étranger, il faudra que soient respectées au moins les huit

²⁰ RS 101.

²¹ Stratégie pour le développement durable 2012-2015, p. 32.

conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT). Relevons toutefois que les appels d'offres ne pourront intégrer des critères environnementaux et sociaux que s'il existe un lien concret entre ces derniers et le marché concerné. De plus, la prise en compte du développement durable ne devra pas entraîner de discrimination entre les soumissionnaires.

L'économicité n'est pas synonyme de prix le plus bas. La qualité des prestations ainsi que d'autres paramètres, dont le choix sera laissé à l'appréciation de l'entité adjudicatrice, devront aussi être pris en considération. L'objectif de l'utilisation économique des fonds publics ne donnera donc pas aux soumissionnaires le droit de prétendre juridiquement à l'achat de leur produit du fait qu'il s'agirait du «juste» produit²². Cela étant, le prix devra néanmoins toujours faire partie des critères d'adjudication lors de l'évaluation des offres.

Le principe de la transparence commande entre autres que l'entité adjudicatrice précise et communique à l'avance la pondération des critères d'adjudication²³. L'AP-LMP prévoit plusieurs dispositions en matière de transparence (notamment l'art. 13, let d, et l'art. 25, al. 5). Ces dispositions concernent pour ainsi dire exclusivement des informations actives, autrement dit des informations fournies spontanément ou d'office par l'autorité, et n'ont en règle générale aucune influence sur les informations passives (informations fournies sur demande). Dans la mesure où l'avant-projet ou ses commentaires ne l'excluent pas expressément, le droit d'accéder aux documents officiels des marchés publics en vertu de la loi sur la transparence²⁴ (LTrans) s'applique parallèlement aux différentes dispositions réglant la fourniture d'informations par l'autorité.

Quant au principe de l'égalité de traitement, il implique qu'un soumissionnaire ne devra pâtir d'aucun désavantage ni bénéficier d'aucun avantage par rapport aux autres soumissionnaires. Il sera par exemple interdit, lors de l'examen de l'aptitude d'un soumissionnaire, de le juger selon des critères plus sévères que ses concurrents.

Les dispositions sur le but de la loi servent l'interprétation des dispositions matérielles qui suivent. L'ordre dans lequel sont énumérés les éléments de l'art. 1 n'est pas un ordre de priorité: la même attention devra être accordée à tous les principes qui en ressortent. Les conflits d'objectifs devront être réglés moyennant la prise en compte de tous les intérêts en jeu ainsi que par une pondération Pareto-optimale. Est réputée Pareto-optimale une pondération dont toute modification se traduirait par une diminution généralisée des avantages globaux de la loi. Les objectifs de cette dernière sont également mises en œuvre dans d'autres dispositions de l'avant-projet (relatives par ex. aux exigences en matière d'appels d'offres, à la publication ou aux voies de droit).

Art. 2 Définitions

Beaucoup plus nombreuses que dans le droit actuel, les définitions légales du projet de loi visent à simplifier le droit des marchés publics et à en uniformiser l'application dans la pratique. En harmonie avec les dispositions de l'AMP 2012 en matière de définitions, le projet vise une utilisation précise de cette terminologie fondamentale

²² Cf. TAF B-822/2010 du 10 mars 2010, consid. 4.2.

²³ Cf. CA 2003-032 du 15 juin 2004, consid. 3a; décision de la CA du 1^{er} septembre 2000, publiée dans JAAC 65.11, consid. 2a.

²⁴ Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration, RS 152.3.

du droit des marchés publics. Les définitions sont largement reprises de l'art. I AMP 2012 et, si nécessaire, précisées. Le projet ne définit toutefois pas le terme de marché public (voir à ce sujet l'art. II AMP 2012), le champ d'application objectif de la loi étant directement réglé dans les art. 8 ss AP-LMP.

Let. e: «Documents d'appel d'offres» est un terme générique. Il désigne non seulement les documents des appels d'offres publics (autrement dit des marchés passés selon la procédure ouverte ou sélective), mais également les documents d'offre propres à la procédure sur invitation.

Let. f: Alors que l'art. I, let. f, AMP 2012 décrit l'enchère électronique comme un processus itératif, dans lequel les soumissionnaires peuvent réciproquement surenchérir ou sous-enchérir, le projet de LMP la qualifie d'instrument. Par *itération*, on entend l'utilisation répétée de la même fonction. Selon la LMP révisée, les enchères pourront avoir pour objet non seulement le prix, mais encore d'autres critères. On peut imaginer par exemple qu'en relation avec le critère de la durée de réalisation, des soumissionnaires obtiennent des points supplémentaires lors de l'évaluation de leur offre s'ils s'engagent à fournir une prestation plus rapidement (par ex. délai plus bref de livraison de marchandises). L'enchère électronique est donc de nature à faciliter l'évaluation des offres (notamment si elles portent sur des marchandises standard). Les modalités – en particulier quelles indications minimales doivent être fournies à quel moment et quand débute et s'achève une enchère – sont réglées à l'art. 25 AP-LMP. Quant aux dispositions relatives à l'authentification, elles figureront dans l'ordonnance.

Let. g: La définition des «marchandises ou services commerciaux» correspond à celle de l'art. I, let. a, AMP 2012 et laisse la porte ouverte à une évaluation au cas par cas. En règle générale, les marchandises ou services commerciaux permettent d'obtenir un revenu (du travail) ou de générer un chiffre d'affaires. Si par exemple MétéoSuisse achète des systèmes informatiques destinés à traiter des données qu'il commercialise en concurrence avec des prestataires tiers, il est réputé le faire au titre d'une activité commerciale. S'agissant en revanche des marchés qu'il passe pour remplir le mandat de prestations de la Confédération, il est soumis au droit des marchés publics.

Let. h: Sont des entreprises publiques par exemple La Poste Suisse SA, les Chemins de fer fédéraux suisses SA (CFF) et Alp Transit Gotthard SA²⁵.

Let. k: Les pouvoirs publics au sens de la loi incluent les «organismes de droit public». Dans le droit fédéral, cette définition est déterminante aux fins de l'assujettissement des adjudicateurs opérant sur les marchés sectoriels. Selon la définition légale figurant à l'annexe 3 de l'appendice I (Suisse) de l'AMP 2012, est considéré comme un organisme de droit public tout organisme (i) créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, (ii) doté d'une personnalité juridique, (iii) dont soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

Let. j: S'appuyant sur la doctrine et la jurisprudence actuelles, la définition du contrat-cadre règle une question qui ne l'est pas dans le droit en vigueur et vise à accroître la sécurité du droit. Le contrat-cadre doit fixer les conditions applicables (notamment les

²⁵ Cf. TAF B-4902/2013 du 14 mars 2014, consid. 1.1.

prix et, le cas échéant, les quantités). Si un marché assorti d'un contrat-cadre est adjudiqué à plusieurs partenaires contractuels, les relations établies avec chacun d'eux seront réputées être des rapports contractuels bilatéraux au regard du droit des contrats.

Let. o: Alors que l'art. II:7 AMP 2012 utilise le terme «contrats successifs» (en anglais «*recurring contracts*»), l'expression proposée et définie dans l'avant-projet – en raison de l'objectif d'harmonisation – est celle de «prestations répétitives». Elle couvre tous les types de marchés: fournitures, services et construction. Pour des raisons de clarté, il convient de souligner que les notions de marché et d'adjudicateur utilisées ici ne sont pas équivalentes à celles de mandat et de mandant des art. 394 ss du Code des obligations²⁶ (CO). En particulier, les types de contrat possibles sont non seulement les mandats au sens de l'art. 394 CO, mais également les contrats de vente, les contrats d'entreprise, les contrats innomés, etc.

Chapitre 2 Champ d'application

Section 1 Champ d'application subjectif

Le champ d'application subjectif de la loi se définira en fonction des obligations découlant des accords internationaux, au premier plan desquels figurent les annexes 1 à 7 de l'appendice I (Suisse) de l'AMP 2012, les chapitres et les annexes concernant les marchés publics des accords de libre-échange conclus avec des Etats tiers et les art. 1 et 2 de l'accord bilatéral sur les marchés publics. 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 les marchés sectoriels.

L'accord bilatéral sur les marchés publics a en outre étendu le champ d'application subjectif de l'AMP 1994 selon deux axes: d'une part, il a entraîné 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 chaux et du transport de combustibles fossiles, ainsi qu'avec des entreprises privées opérant sur les marchés sectoriels. Le rapport entre l'assujettissement des marchés sectoriels selon l'AMP et celui selon l'accord bilatéral sur les marchés publics est complexe et manque de transparence sur certains points.

Art. 3 Principe

Il est prévu que le champ d'application de la loi couvre les obligations internationales découlant de l'AMP 2012, des accords de libre-échange conclus avec des Etats tiers et de l'accord bilatéral sur les marchés publics (champ d'application des accords internationaux selon l'art. 2, let. 1, AP-LMP). Les champs d'application subjectif et objectif sont étendus. Ainsi, les bénéficiaires d'aides financières de la Confédération seront soumis à la LMP dès lors que les prestations qu'ils acquerront seront financées à plus de 50 % par des fonds publics. De plus, les marchés n'entrant pas dans le champ d'application des accords internationaux seront aussi soumis à la LMP. Seront donc également couverts, par exemple, les services et les travaux de construction non mentionnés dans les annexes 2 et 3 de l'avant-projet, ainsi que tous les marchés (marchandises, services et travaux de construction) dont la valeur sera inférieure aux seuils

²⁶ RS 220.

arrêtés dans les accords internationaux. A ces marchés s'appliqueront toutefois toute une série de dispositions particulières: un type de procédure supplémentaire, à savoir la procédure sur invitation, sera à disposition et les exigences en matière de langue et de délais seront moins sévères. De plus, les soumissionnaires étrangers ne seront admis à participer aux marchés n'entrant pas dans le champ d'application des accords internationaux que si l'Etat où ils ont leur siège accorde la réciprocité. Enfin, en dépit de l'adoption d'un droit de recours pour les marchés non soumis aux accords internationaux, les voies de droit contre les décisions des adjudicateurs seront restreintes.

L'assujettissement de ces marchés au régime national d'adjudication des marchés publics est imposé par le droit constitutionnel. En particulier la liberté économique et l'obligation de neutralité concurrentielle (art. 94, al. 1 et 4, Cst.) 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 n'entrant pas dans le champ d'application des accords internationaux (chap. 3 OMP). Ces règles seront maintenues, mais au niveau – plus approprié – de la loi.

Art. 4 Adjudicateurs

L'assujettissement subjectif à la loi repose sur la définition légale d'«adjudicateur». L'AMP 2012 règle différemment l'assujettissement respectivement de la Confédération et des cantons. Les autorités d'adjudication cantonales ainsi que celles des districts et des communes font l'objet d'un assujettissement général abstrait.

Al. 1

Pour ce qui est de l'assujettissement des unités de l'administration fédérale centrale et de l'administration fédérale décentralisée, est déterminante la *liste indicative des entités* de 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 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration²⁷ (OLOGA). Alors que l'énumération des unités administratives soumises à l'AMP 1994 est exhaustive²⁸, la liste indicative de l'AMP 2012 laissera le champ libre à des extensions et adaptations. Seront par exemple soumis à la loi 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) et la Régie fédérale des alcools (RFA), ainsi que l'Ecole polytechnique fédérale de Lausanne (EPFL) et celle de Zurich (EPFZ), l'Institut Paul Scherrer (PSI), Suisse tourisme (ST), l'Assurance suisse contre les risques à l'exportation (ASRE) et le Swiss Investment Fund for Emerging Markets (SIFEM SA). Les renvois au droit interne, autrement dit les renvois d'un acte législatif de droit interne à un autre acte législatif de droit interne – comme ici le renvoi à la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration²⁹ (LOGA) –, sont toujours dynamiques. Etant 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 loi ou ultérieurement, et ne figurent par conséquent pas encore dans les annexes de l'OLOGA, seront tout de même soumises.

²⁷ RS 172.010.1.

²⁸ Cf. TAF B-6177/2008 du 20 octobre 2008, consid. 3.

²⁹ Loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, RS 172.010.

Sous réserve de dispositions contraires inscrites dans des lois spéciales, la LMP révisée vaudra non seulement pour les unités administratives centrales et décentralisées, mais aussi pour les autorités chargées d'élaborer ou d'appliquer le droit (let. b à d). L'exception concernant les tribunaux militaires (let. b) découle du fait que ces tribunaux sont des formations militaires faisant partie de l'armée et qu'à la différence des tribunaux civils, ils ne disposent pas de sites fixes, ni d'une propre administration dotée d'un service d'achat, et acquièrent par conséquent les prestations dont ils ont besoin par l'intermédiaire de diverses unités de l'administration fédérale. Les marchés publics des tribunaux militaires sont donc de la compétence d'autres autorités d'adjudication (par ex. les services d'achat centraux) elles-mêmes soumises à la LMP.

Bien qu'il n'existe pas d'obligation de droit international en la matière, il est prévu que les bénéficiaires d'aides financières de la Confédération seront aussi soumis au droit des marchés publics (let. e). Ils ne seront toutefois réputés adjudicateurs publics au sens de l'AP-LMP que si les marchandises, services ou travaux de construction qu'ils acquerront seront financés à plus de 50 % par des fonds publics. L'AIMP prévoit une règle similaire et c'est pourquoi, pour les biens et les services subventionnés à plus de 50 % par des fonds publics, ce sera le droit cantonal qui s'appliquera (art. 4, al. 3, let. b, AIMP). Afin de faciliter l'application et surtout la délimitation de ces dispositions, l'assujettissement au droit des marchés publics selon l'AP-LMP n'interviendra qu'à titre subsidiaire, c'est-à-dire uniquement lorsque l'AIMP ne sera pas applicable.

Al. 2

L'assujettissement des marchés sectoriels est réglé uniformément pour la Confédération et pour les cantons, tant dans l'AMP que dans l'accord bilatéral sur les marchés publics. Alors que les transports publics aériens et fluviaux ne seront pas soumis à la LMP *en tant que tels*, la loi s'appliquera en revanche aux terminaux de transport (let. c et d). Il s'agit en l'occurrence des ports, des aéroports, des places de transbordement, des terminaux et autres installations similaires servant d'interface aux extrémités des liaisons de transport.

Les services postaux occupent une place particulière. Selon l'AMP, ce secteur concerne uniquement le niveau fédéral; quant à l'accord bilatéral sur les marchés publics, il ne s'applique pas aux entreprises qui fournissent de tels services. Dans l'AMP 1994, les services postaux et la Poste figurent sur la liste de l'annexe 1, si bien que les services postaux et les services des automobiles de la Poste Suisse (à l'époque Entreprise des PTT) sont soumis au droit des marchés publics, pour autant que leurs activités ne concurrencent pas celles de tiers (art. 2, al. 1, let. d, LMP). 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 désormais mentionnées dans l'annexe 3 (assujettissement des marchés sectoriels), mais uniquement pour les activités qu'elles exercent en vertu d'un droit exclusif (service réservé). Par conséquent, et conformément à la systématique du droit, le projet de loi prévoit également de les soumettre dans le domaine des adjudicateurs opérant sur les marchés sectoriels (let. e). Il s'ensuit que les entreprises fournissant des services postaux ne seront soumises à la LMP révisée que dans la mesure où elles proposeront un service réservé conforme à

l'art. 18 de la loi sur la poste³⁰ (LPO) et passeront, pour cette activité, des marchés de fournitures, de services ou de construction. Pour les marchés relevant du secteur du monopole (transport des lettres jusqu'à 50 g), la Poste restera 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 lettres de faible poids, ou encore de conteneurs destinés au transport de ces lettres. Si par contre elle entend 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, la Poste ne sera pas réputée être un adjudicateur au sens de l'art. 4, al. 2, let. e, AP-LMP. Enfin, s'il s'agit de passer des marchés de fournitures, de services ou de construction servant directement la fourniture à la fois de services postaux relevant du service réservé et d'autres n'en relevant pas, il y aura lieu de déterminer laquelle de ces deux catégories de services postaux bénéficiera le plus des marchés concernés.

La let. f concerne les transports ferroviaires. Dans ce secteur, seront soumis à la loi en particulier les CFF, les entreprises détenues majoritairement par les CFF (comme Alp Transit Gotthard SA) ainsi que d'autres opérateurs ferroviaires sous l'influence dominante de la Confédération (par ex. Matterhorn Gotthard Infrastruktur AG). L'élément factuel déterminant sera la construction et l'exploitation de voies de chemin de fer. Les activités des entreprises soumises ne relevant pas directement de ces secteurs seront exclues du champ d'application de la loi. Il faudra donc examiner dans chaque cas particulier si le marché présente un rapport direct ou indirect avec les transports ferroviaires. Relevons que les fournisseurs de services de transports ferroviaires sont également soumis au droit des marchés publics, dès lors que leurs activités présentent un lien direct avec le domaine des transports³¹. Sont réputés avoir un rapport direct avec le domaine des transports la construction et l'exploitation d'infrastructures ferroviaires, l'acquisition et l'entretien de rails et de matériel roulant, les marchés concernant les domaines traditionnels des gares (hall de gare, salle d'attente, hall des guichets, distributeurs de billets, etc.). Il n'y a par contre pas de rapport direct lorsque les marchés concernent par exemple l'utilisation commerciale de parties de la gare par des tiers ou l'achat par les CFF de biens ou de services destinés à leur agence de voyages RailAway.

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

L'assujettissement des marchés sectoriels est prévu sous réserve du fait qu'il n'y ait pas de concurrence dans le secteur d'activité concerné. Alors que l'AMP 2012 utilise l'expression «pleine concurrence» et que l'accord bilatéral sur les marchés publics exclut l'assujettissement lorsque d'autres entreprises sont libres de proposer les activités concernées «dans la même aire géographique à des conditions substantiellement identiques», le projet de LMP parle de «concurrence efficace», s'en tenant ainsi à la terminologie du droit des cartels. Il prévoit en substance que si leurs activités sont exposées à une concurrence efficace, les adjudicateurs opérant sur les marchés sectoriels ne seront pas soumis au droit des marchés publics. En présence d'une concurrence efficace sur un marché sectoriel, le Conseil fédéral pourra en effet exempter entièrement ou en partie de la LMP les acquisitions opérées sur ce marché (procédure d'exemption selon l'art. 7 AP-LMP).

³⁰ RS 783.0.

³¹ Cf. CA 2003-021 du 5 novembre 2003, consid. 1 s.

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:8, let. b, AMP 2012. Il serait en effet préjudiciable à la sécurité du droit que chaque adjudicateur puisse décider lui-même si son secteur d'activité est exposé à une concurrence efficace. Relevons dans ce contexte que la COMCO et le Département de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC) jouent un rôle central en matière d'évaluation des aspects concernant la concurrence: l'exemption du secteur des télécommunications, en 2002, puis celle du secteur des transports ferroviaires de marchandises sur voie à écartement normal, en 2007, n'ont pu être décidées qu'à la lumière d'un rapport d'audit préalable de la COMCO. Il va de soi que la COMCO disposera, à titre de fil conducteur, des critères indicatifs en cours de négociation sous l'égide de l'UE. Le projet de loi prévoit donc de maintenir une procédure d'exemption formelle. Les adjudicateurs opérant sur les marchés sectoriels et les activités qui bénéficient déjà d'une exemption sous le droit actuel continueront à en bénéficier sans devoir passer par une nouvelle procédure d'exemption.

Al. 3

Cet alinéa correspond à l'art. 2d OMP et poursuit un but de clarification. Il précise que les prescriptions du droit des marchés publics s'appliqueront aussi à tout tiers qui passe un marché en qualité de représentant ou pour le compte d'un adjudicateur. Il ne devra en effet pas être possible d'éluder la loi par l'interposition d'un service d'achat (central), ni par l'externalisation des travaux de passation de marché à des tiers.

Art. 5 Droit applicable

La question du droit applicable soulève entre autres celle des appels d'offres en vue de la recherche et de la sélection d'investisseurs privés, par exemple dans le cas des partenariats public-privé (PPP). Un PPP désigne en général un type de collaboration fondée sur le partenariat entre une entité publique et des acteurs de l'économie privée, qui a pour but l'accomplissement de tâches publiques³². L'applicabilité du droit des marchés publics aux projets PPP ne découle pas des procédures de financement des marchés publics, mais doit être déterminée au cas par cas, en s'appuyant notamment sur les contrats qui doivent être conclus³³. Etant donné que les projets PPP peuvent revêtir des formes très variées et qu'il faut veiller à ne pas restreindre inutilement la marge de manœuvre existante, le projet s'abstient d'établir une réglementation au niveau de la loi.

Al. 1 et 2

A 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 de lois pour l'adjudication par des adjudicateurs de même niveau ou de niveaux différents. Ces deux alinéas précisent et classent ces règles de manière systématique. Le principe qui prévaut est celui selon lequel le droit applicable est en général le droit en vigueur au siège de l'adjudicateur principal, celui-ci étant déterminé d'après des critères financiers. Ainsi, lorsqu'une adjudication commune à la Confédération et aux cantons est financée majoritairement par des fonds cantonaux, c'est le droit cantonal qui s'applique.

³² Cf. Association PPP Suisse, Allgemeine Fragen zum PPP-Modell. Disponible à l'adresse: <http://www.ppp-schweiz.ch/faq-foire-aux-questions/> (état: 15 janvier 2015).

³³ Cf. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3^e éd., Zurich, 2013. Cm. 270 ss.

Al. 3 et 4

Le choix du droit laissé aux adjudicateurs selon les al. 3 et 4 vise une utilisation optimale des ressources. Les entreprises pouvant choisir le droit applicable au sens de l'al. 3 sont, par exemple, Flughafen Zürich AG, BLS SA ou Centrale Nucléaire de Leibstadt SA. A des fins de sécurité juridique, le choix du droit ne doit pas se faire au cas par cas, mais rester valable pendant un certain temps. Il ne doit en aucun cas permettre à un adjudicateur ou à ses marchés de se soustraire à l'assujettissement au droit des marchés publics. L'ordonnance fixe les détails, par exemple la publication de celui-ci.

Al. 5

Différents actes sectoriels de la Confédération contiennent des prescriptions spécifiques quant au droit applicable en matière de passation de marché, en particulier l'art. 8 de la loi fédérale sur le développement de l'infrastructure ferroviaire (LDIF)³⁴, l'art. 38 s. de l'ordonnance sur les routes nationales (ORN)³⁵, l'art. 15, al. 2, de l'ordonnance sur les améliorations structurelles (OAS)³⁶ et l'art. 3a de la loi sur l'approvisionnement en électricité (LApEl)³⁷ pour l'octroi de concessions en rapport avec le réseau de transport et le réseau de distribution. Les règles de droit spécifique en matière de conflit priment les dispositions générales selon l'art. 5 AP-OMP.

Art. 6 Soumissionnaires

Al. 1

En application des engagements internationaux, notamment celui de l'ouverture du marché prévue par l'AMP 2012, par l'accord bilatéral sur les marchés publics et par les accords conclus avec des États tiers sur les marchés publics, l'al. 1 accorde aux soumissionnaires étrangers un accès équivalent au marché suisse.

Al. 2

La réserve de réciprocité énoncée à l'al. 2 correspond à la réglementation en vigueur prévue par l'art. 4 OMP. L'accès aux marchés n'est accordé qu'à condition que l'autre État ait conclu des engagements réciproques. La contre-exception de la loi sur le transit alpin (LTrAlp)³⁸ est réservée, comme c'est déjà le cas selon le droit actuel.

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, la Confédération (SECO) est chargée d'établir une liste indicative des États qui garantissent cette réciprocité. Cette liste est mise à jour et publiée périodiquement. Elle recense en particulier les pays avec lesquels la Suisse a conclu des accords sur les marchés publics. Ces informations sont ensuite mises en relation par un lien électronique avec les accords et annexes concernés. L'ordonnance règle les modalités.

Art. 7 Exemption des adjudicateurs opérant dans les secteurs

Al. 1

³⁴ RS 742.140.2.

³⁵ RS 725.111.

³⁶ RS 913.1.

³⁷ RS 734.7.

³⁸ RS 742.104.

La procédure d'exemption en cas de concurrence efficace entre les soumissionnaires existe déjà dans le droit actuel (cf. art. 2b OMP et ordonnance du DETEC sur l'exemption du droit des marchés publics). Jusqu'à présent, cette procédure n'était disponible que pour les adjudicateurs visés à l'art. 2a OMP et l'art. 4, al. 2, let c^{bis} AIMP, c'est-à-dire pour les adjudicateurs soumis selon l'accord bilatéral sur les marchés publics. Compte tenu de la note 2 relative à l'annexe 3 de l'appendice I (Suisse) de l'AMP 2012, la procédure d'exemption doit être désormais étendue à tous les marchés sectoriels, dans la mesure où la concurrence y est efficace. L'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) dispose de droits de demande et de consultation en la matière. Les marchés sectoriels et les adjudicateurs qui y opèrent et qui étaient déjà exemptés selon le droit en vigueur le restent sans qu'une nouvelle procédure d'exemption ne soit nécessaire.

Les critères d'exemption doivent être rédigés de la même manière pour les pouvoirs publics et les entreprises publiques opérant sur des marchés sectoriels selon l'annexe 3 de l'appendice I de l'AMP 2012 d'une part, et pour les adjudicateurs selon l'art. 3 de l'accord bilatéral sur les marchés publics d'autre part. Lorsqu'un domaine d'activité est exempté de l'assujettissement à la demande d'un adjudicateur, cette exemption doit également valoir pour les autres adjudicateurs opérant sur le même marché sectoriel, même s'ils n'ont pas participé à la procédure (effet dit *erga omnes*).

L'exemption déploie ses effets uniquement à la fin de la procédure, conformément à l'art. XIX AMP 2012. Cette procédure prévoit la notification de l'exemption à l'autre partie, ainsi que la possibilité d'engager une procédure d'objection et de consultation. Lorsque les parties ne parviennent pas à éliminer leurs différends par consensus, chacune d'entre elle peut engager une procédure d'arbitrage spéciale.

Al. 2 et 3

Le sens de l'expression «concurrence efficace» découle de la pratique de la COMCO. C'est pourquoi le Conseil fédéral doit, dans le cadre d'une procédure d'exemption, consulter les cantons et les milieux économiques concernés, mais aussi la COMCO. A cet égard, il faudra tenir compte des critères indicatifs que le Comité des marchés publics de l'OMC est en train de rédiger sur la base de l'art. XIX:8, let. b, AMP 2012. Enfin, le Conseil fédéral doit consulter l'AiMp afin de régler de façon plus précise la procédure d'exemption.

Section 2 Champ d'application objectif

Le terme de «marché public» définit le champ d'application objectif du droit des marchés publics. Tandis que l'AMP 1994 ne définissait pas mais présupposait le terme de marché public, l'art. II:2 AMP 2012 propose une définition. Selon celle-ci, l'AMP s'applique aux marchés publics (i) de marchandises, de services, ou d'une combinaison des deux, (ii) qui ne sont pas acquis pour être vendus ou revendus dans le commerce, (iii) par tout moyen contractuel (c'est-à-dire autrement que par l'étatisation ou l'expropriation), (iv) pour autant qu'ils ne soient pas autrement exclus du champ d'application selon les annexes nationales et (v) que leur valeur ne dépasse pas la valeur seuil spécifiée dans les annexes nationales.

Le droit suisse en vigueur (LMP, OMP et AIMP/DEMP) ne donne pas de définition du marché public. La jurisprudence a formulé ponctuellement des critères d'assujettissement objectif. Ces imprécisions ont généré une incertitude juridique, qui doit être éliminée.

L'art. 2, al. 1, ch. 5, de la directive 2014/24/UE³⁹ définit les marchés publics comme ceci: «Aux fins de la présente directive, on entend par [...] «marchés publics», des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services». Cette définition confond cependant les différents types de marchés avec la question fondamentale de savoir quand il y a un marché public. Ces deux thèmes doivent être distingués pour des questions de systématique.

Art. 8 Marché public

Al. 1

Un marché public est une opération par laquelle une entité publique se procure à titre onéreux des biens et des services dont elle a besoin pour accomplir ses tâches. La prestation acquise doit permettre à l'adjudicateur public d'accomplir une tâche étatique qui lui incombe, ou l'aider à l'accomplir. Les adjudicateurs publics au sens de la présente loi sont les unités administratives, les autorités et les entreprises qui acquièrent un service, délèguent une tâche publique ou octroient une concession (cf. art. 4 AP-LMP). Dans le cadre des présentes explications, les termes d'adjudicateur et d'entité/autorité adjudicatrice sont souvent utilisés en tant que synonymes.

Au lieu «d'acquisitions publiques» ou «d'opérations d'achat», le droit suisse parle désormais majoritairement de «marchés publics», conformément à la législation européenne.

L'*accomplissement d'une tâche de l'Etat* est un premier élément définitoire. Sont considérées comme étatiques toutes les tâches que l'Etat doit accomplir en raison d'une norme juridique. Elles vont des tâches de police à la protection de l'existence en passant par celle de l'environnement. Par contre, les tâches qui servent uniquement des intérêts privés n'entrent pas dans le champ d'application du droit des marchés publics⁴⁰. Les contrats de sponsoring constituent un cas particulier et s'apparentent parfois aux partenariats public-privé. Comme pour ces derniers, il faut déterminer, sur la base de la teneur concrète du contrat de sponsoring, si, et le cas échéant dans quelle mesure, celui-ci doit être considéré comme un marché public. Outre l'élément définitoire de l'accomplissement d'une tâche publique, il convient également de vérifier si la transaction visée porte atteinte à la concurrence entre les soumissionnaires et quelles autres dispositions (spéciales) limitent le pouvoir d'appréciation de l'autorité.

La loi ne porte que sur des *contrats passés à titre onéreux*. Il convient de préciser deux éléments importants à ce titre. Premièrement, la contreprestation ne doit pas impérativement revêtir une forme financière régulière. D'autres avantages pécuniaires (dont la possibilité d'exploiter un droit exclusif) sont également couverts par la définition légale. Deuxièmement, la contre-prestation (pécuniaire) ne doit pas impérativement être fournie par l'adjudicateur. Les contre-prestations reçues de tiers en lien direct avec le marché public concerné répondent elles aussi au critère de caractère onéreux.

³⁹ 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 de l'UE, L 94 du vendredi 28 mars 2014, p. 65.

⁴⁰ Cf. entre autres ATF 2C_198/2012 du 16 octobre 2012.

En revanche, un marché public doit obligatoirement comporter une relation d'*échange* (*synallagma*), dans laquelle l'adjudicateur public agit en tant que client de la prestation. Les contrats unilatéraux, tels que les donations, ou les contrats bilatéraux imparfaits, tels que les prêts à usage, ne constituent pas un marché public.

Pour finir, on peut parler de marché public lorsque l'*adjudicateur acquiert la prestation caractéristique*, mais pas lorsqu'il la met à disposition. Est toujours caractéristique la prestation acquise (avec de l'argent ou des avantages pécuniaires). Mais il n'est pas nécessaire que l'adjudicateur public utilise lui-même la prestation caractéristique acquise de la sorte. Un achat conserve sa qualification de marché public même s'il est utilisé par des tiers (bénéficiaires de la tâche étatique) in fine.

Pour simplifier, un marché public est à un «achat effectué par l'Etat». Tandis que le droit européen requiert un contrat en la forme écrite, ce critère n'est pas précisé dans la définition de la présente loi. Pour des questions de preuve, les marchés publics sont toutefois généralement conclus par écrit (cf. également art. 29, al. 1, OMP).

Al. 2

La question de savoir si l'octroi d'une concession est soumis au droit des marchés publics est complexe et controversée. Contrairement aux «concessions de travaux publics», lesquelles sont explicitement soumises au droit des marchés publics dans l'UE et les Etats membres de l'AELE (sauf en Suisse et en Corée), les «concessions de services» ne sont couvertes ni par l'AMP 1994, ni par l'AMP 2012. Du point de vue des engagements internationaux, rien n'oblige la Suisse à assujettir les concessions à la loi. Si la Suisse devait un jour introduire des concessions de travaux publics, l'octroi à l'égard des Etats précités devrait faire l'objet d'un appel d'offres public (selon l'annexe 6 de l'AMP concerné, la Suisse dispose déjà explicitement d'un droit réciproque).

Les concessions peuvent prendre diverses formes car il n'existe pas un type unique de concessions. Cependant, elles sont assujetties au droit des marchés publics lorsqu'elles concernent une tâche étatique. Peu importe à cet égard si elles portent sur le transfert de monopoles légaux ou de simples tâches réservées à l'Etat et que par exemple ceux-ci soient financés par des taxes (et non des aides financières au sens de la loi fédérale sur les subventions⁴¹) ou d'autres moyens. Cet alinéa ne vise pas n'importe quel intérêt public diffus, mais des secteurs dans lesquels l'Etat assume une responsabilité d'exécution. 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 santé ou la politique sociale. Si l'Etat est tenu par la loi d'aider les chômeurs à se réinsérer dans la vie active (par des mesures dites du marché du travail) et confie à des tiers le soin d'exécuter cette tâche, avec un financement par des fonds de l'assurance-chômage, ce transfert de tâche dévolue à l'Etat doit faire l'objet d'un appel d'offres selon les règles du droit des marchés publics. Cette manière de procéder permet de mettre en concurrence les prestataires de ces services et garantit une gestion économique des fonds de l'assurance-chômage.

Les concessions, qui n'ont pas de lien avec des tâches étatiques (par ex. les concessions de droit exclusif) ne sont pas concernées. A cet égard, les cantons et les communes demeurent soumis à l'obligation d'une mise au concours publique selon l'art. 2, al. 7, LMI. Même dans le cas des concessions de monopoles et des concessions de services publics, le droit des marchés publics, axé sur la concurrence et la rentabilité,

⁴¹ Loi fédérale du 5 octobre 1990 sur les aides financières et les indemnités, RS 616.1.

n'offre pas toujours le cadre approprié pour l'octroi de concessions. C'est pourquoi les règles de droit spécial priment et sont réservées (cf. par ex. art. 3a LApEI⁴² et l'art. 38 ss LFH⁴³). Ainsi, l'art. 6 de la loi sur les chemins de fer⁴⁴ ne prévoit par exemple aucune obligation de mise au concours pour les concessions d'infrastructures. La loi sur le transport de voyageurs⁴⁵ ne prévoit elle aussi aucune obligation générale de recourir à une procédure d'appel d'offres publique. Un appel d'offres doit être publié pour les marchés concernant le transport par route (art. 32, al. 1, LTV); quant aux marchés portant sur le transport par chemin de fer, ils *peuvent* faire l'objet d'un appel d'offres (art. 32, al. 3, LTV). Lorsqu'une procédure d'appel d'offres est lancée, celle-ci est déjà 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 du droit sur les télécommunications sont également exclus du droit des marchés publics. Il s'agit, d'une part, de l'attribution d'une concession de radiocommunication selon l'art. 24 LTC⁴⁶ et, d'autre part, du transfert de la gestion et de l'attribution à des tiers de certaines ressources d'adressage conformément à l'art. 28, al. 2, LTC. Par le biais de la présente révision du droit des marchés publics, il convient de régler également de manière explicite, si nécessaire, les exceptions relevant du droit spécial (cf. art. 63 AP-LMP).

Art. 9 Genres de marchés

Al. 1

Les marchés publics visés par la loi sont les marchés de construction, les marchés de fournitures, les marchés de services et les marchés mixtes. Cette structure est déjà utilisée dans la LMP, dans l'AIMP ainsi que dans la DEMP. Dans la LMP en vigueur, l'adjudication de marchés publics de fournitures, de services et de construction est déjà mentionnée à l'article relatif au but de la loi. Les annexes 1, 2 et 3 de la loi (al. 3) définissent quels services concrets peuvent faire l'objet de marchés publics de fournitures, de services et de construction soumis aux traités internationaux. Lorsqu'un marché porte à la fois sur des services et des travaux de construction, comme les contrats d'entreprise totale ou générale, l'ensemble du marché public doit être considéré comme étant un marché de construction.

Al. 2

Par «prestations mixtes», il faut entendre des marchés publics qui se composent de différents genres de marché selon l'art. 9 AP-LMP. Tel est souvent le cas des contrats portant sur des projets informatiques. La qualification de prestations mixtes est déterminante pour la définition de la valeur seuil (cf. art. 10 AP-LMP). Conformément à la théorie de l'élément prépondérant développée par la jurisprudence, la nature du marché global doit, également dans le cas d'une prestation mixte, être définie selon la prestation partielle dont la valeur est la plus importante⁴⁷. L'al. 2 interdit les mélanges

⁴² Loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité, RS 734.7.

⁴³ Loi fédérale du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques, RS 721.80.

⁴⁴ Loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer, RS 742.101.

⁴⁵ Loi fédérale du 20 mars 2009 sur le transport de voyageurs, RS 745.1.

⁴⁶ Loi fédérale du 30 avril 1997 sur les télécommunications, RS 784.10.

⁴⁷ CF. CRM 1997-015 (JAAC 63.15), consid. 1d; CRM 2001-007 (JAAC 66.5), consid. 2a; CRM 2003-025 du 16 décembre 2003, consid. 1; CRM 2005-004 du 11 août 2005, consid. 2a/bb; TAF B-5084/2007 du 28 octobre 2008, consid. 1.2; TAF B-1773/2008 du 25 septembre 2008, consid. 4.3; TAF B-1470/2010 du 29 septembre 2010, consid. 1.3.

et les regroupements de prestations, à l'inverse de l'art. 17, al. 2, AP-LMP, qui interdit les subdivisions. Il est par exemple interdit de se procurer des services et des biens assujettis au droit des marchés publics en invoquant des exceptions selon l'art. 12 AP-LMP lorsque cette pratique a pour but d'éviter les dispositions de la loi. Il n'est pas nécessaire que l'entité adjudicatrice ait agi illicitement de manière intentionnelle.

Al. 3

Sont soumis aux accords internationaux et à la présente loi les marchés énumérés aux annexes 1 à 3. L'annexe 1 dresse la liste positive des matériels servant à la défense et à la sécurité. L'annexe 1, let. a, ne concerne pas uniquement les adjudicateurs militaires, mais aussi les autres entités chargées de la sécurité (par ex. les gardes-frontières, les autorités douanières) et soumet à la loi tous les biens qui ne sont pas acquis par de tels adjudicateurs. L'annexe 2 contient la liste positive des services et l'annexe 3 la liste positive des travaux de construction. Ces annexes correspondent aux annexes 4, 5 et 6 de l'appendice I (Suisse) de l'AMP 2012.

Sont exclusivement soumises aux accords internationaux les catégories de services énumérées dans la liste positive de l'annexe 2. Par exemple, les services informatiques (classification CPC 84) sont couverts par la loi, tandis que la location de services (classification CPC 872) ne l'est pas, même si ces services sont fournis dans le domaine informatique⁴⁸. Les services qui ne sont pas mentionnés dans ladite liste doivent faire l'objet d'un appel d'offres conformément aux règles de la passation de marchés non soumis aux accords internationaux. Tandis que ces marchés publics ne sont pas susceptibles de recours⁴⁹, ils le seront désormais aux termes de la nouvelle loi. Le cas échéant, la procédure simple et rapide sera applicable à partir d'une valeur de marché de 150 000 francs.

Art. 10 Valeurs seuils

Al. 1

Les valeurs seuils selon les accords internationaux sont définies aux annexes 1, 2 et 3 (secteurs) à l'appendice I de la Suisse à l'AMP 2012, à l'art. 3, al. 4, de l'accord bilatéral sur les marchés publics, ainsi que dans les annexes des accords relatifs à l'accès aux marchés conclus avec des Etats tiers. Les valeurs seuils seront désormais publiées dans une nouvelle ordonnance sur les valeurs seuils applicables aux marchés publics (ordonnance sur les valeurs seuils, OVS), qui remplacera l'actuelle ordonnance du DEFR sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics⁵⁰ et donnera, comme l'annexe de l'AIMP, une vue d'ensemble des valeurs seuils déterminantes pour le choix de la procédure d'adjudication.

Si les parties des accords ont le droit d'introduire des seuils inférieurs, elles ne peuvent définir des seuils supérieurs à ceux prévus par les accords internationaux. La loi s'applique, avec des restrictions définies dans les dispositions correspondantes, également aux marchés dont la valeur ne dépasse pas les valeurs seuils, étant précisé que des procédures supplémentaires s'appliquent alors (art. 22 AP-LMP Procédure sur invitation), mais que celles-ci ne s'accompagnent pas nécessairement d'une protection juridique complète.

Al. 2

⁴⁸ Cf. TAF B-1687/2010 du 21 juin 2011, consid. 5.2 ss.

⁴⁹ Cf. TAF B-3060/2010 du 27 août 2010, consid. 3.7 ss.

⁵⁰ RS **172.056.12**.

Étant donné que les valeurs seuils de l'AMP et des accords de libre-échange avec des Etats tiers sont exprimées en droits de tirage spéciaux (DTS), et celles de l'accord bilatéral sur les marchés publics en euros, les valeurs en francs suisses prévues par la loi seront adaptées périodiquement. La conversion se fondera sur la décision correspondante du Comité des marchés publics de l'OMC. Les valeurs seuils ne sont donc pas précisées au niveau de la loi. Le DEFR les adaptera périodiquement (tous les deux ans) aux évolutions du taux de change, après consultation des cantons et en accord avec le DFF.

Al. 3 et 4

Cette disposition correspond sur le fond à l'actuel art. 14 OMP. Dans le champ d'application des accords internationaux, la valeur d'un marché de construction pour la réalisation d'un ouvrage est déterminée d'après la valeur totale de toutes les prestations de construction (génie civil et construction). Pour les fournitures et les services qui relèvent du champ d'application des accords internationaux, ainsi que pour tous les marchés publics non soumis à ceux-ci, c'est en revanche la valeur du marché concerné qui est déterminante. La clause dite «de minimis», une clause spéciale relative au domaine des constructions soumises aux accords internationaux, s'est imposée dans la pratique. Elle 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.

Art. 11 Marchés non soumis aux accords internationaux

L'art. 6, al. 3 de l'accord bilatéral sur les marchés publics étend indirectement les principes de traitement national et de non-discrimination aux marchés dont la valeur ne dépasse pas les seuils déterminants définis dans les accords internationaux. Contrairement aux marchés des pouvoirs adjudicateurs sous-centraux (cantons, communes et autres entités chargées de tâches cantonales ou communales), l'assujettissement subjectif, au niveau de la Confédération, reste le même qu'il s'agisse de marchés soumis ou de marchés non soumis aux accords internationaux (sauf pour les bénéficiaires de subventions fédérales, selon l'art. 4, al. 1, let. e, AP-LMP). La loi élargit la notion de marchés soumis (assujettissement dit objectif) à trois égards:

Let. a: La loi couvre premièrement les marchés dont la valeur est inférieure aux seuils prévus par les accords internationaux (jusqu'ici dans le chapitre 3 de l'OMP). A partir d'une valeur de 150 000 francs déjà, les marchés publics doivent être adjugés par le biais d'une procédure sur invitation. L'art. 11, let. a, AP-LMP n'ouvre ni n'élargit le champ d'application subjectif selon l'art. 4 AP-LMP. Deuxièmement, l'art. 11 élargit l'assujettissement objectif à d'autres genres de marchés couverts: tandis que les accords internationaux définissent des listes positives pour désigner le matériel militaire, les services et les travaux de construction couverts, le droit national couvre tous les genres de marchés publics indépendamment de leur classification;

Let. b et c: Troisièmement, les marchés qui relèvent de la protection nationale et de la sécurité (let. b) mais qui sont exclus du champ d'application de l'AMP 2012, doivent eux aussi être assujettis aux règles du droit des marchés publics. La notion d'armement définie globalement à la let. b doit être mise en relation directe avec l'annexe 1

cause d'urgence n'entre pas dans ce cadre et un appel d'offres devrait être lancé pour un mandat de représentation si la loi ne prévoit pas de clause d'exception. Plaident contre l'appel d'offres et, partant, en faveur de l'introduction d'une exception, des motifs tels que la tactique du procès, 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. Mais ainsi préimpliqué dans la procédure, le cabinet d'avocat consulté ne pourrait plus participer à l'appel d'offres relatif au mandat principal. L'information préalable de tous les soumissionnaires potentiels afin de neutraliser l'effet de préimplication nuirait également à la tactique de la procédure. Au final, la personne (ou le cabinet) avec laquelle une relation de confiance particulière a été tissée devrait se récuser pour le mandat de représentation. Les intérêts de la partie défenderesse s'en trouveraient lésés.

L'art. 10, let. d, i et ii) de la directive 2014/24/UE prévoit une clause dérogatoire similaire. Cette clause est conforme à la liste positive selon l'Annexe 5 de l'AMP («Services de conseil dans le domaine du droit du pays d'origine et du droit international», partie de la classification 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.

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 soumis à la loi lorsque le critère d'urgence est rempli (premier élément constitutif). Pourraient donc notamment être exclus les marchés publics pour du matériel d'aide d'urgence, des aliments et des 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-cadre sur la base desquels des services peuvent être commandés en cas d'urgence). Dans le cadre de la collaboration internationale, la Suisse conclut dans la mesure du possible avec les Etats bénéficiaires des accords internationaux sur les projets réalisés en commun. Les signataires conviennent dans ces accords comment et selon quels principes les marchés publics doivent être réalisés dans la perspective de la mise en œuvre des projets (deuxième élément constitutif). Il en va de même de la coopération avec les organisations internationales, et lorsque la Suisse passe des marchés publics dans le cadre d'opérations coordonnées au niveau international (troisième élément). Les mesures de coopération internationale visent notamment à promouvoir les capacités locales, y c. celles du secteur privé (cf. par ex. art. 5 et 6 de la loi fédérale du 19 mars 1976 sur la coopération au développement et l'aide humanitaire internationales⁵⁵). Afin d'atteindre cet objectif, les offices 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 notamment lorsque, pour des questions politiques, on ne peut pas conclure d'accord international avec l'Etat bénéficiaire (cf. deuxième élément constitutif). Une procédure est considérée comme équivalente, au sens du quatrième tiret, lorsqu'elle garantit l'utilisation économique des fonds publics ainsi que l'observation des principes du droit des marchés publics. A des fins de transparence, les marchés publics exclus du champ d'application de la loi conformément à la let. h doivent faire l'objet d'un rapport interne, cet adjectif signifiant que le rapport n'a pas besoin d'être publié activement et que l'adjudicateur est libre de le publier ou non.

⁵⁵ RS 974.0.

Al. 2

Cette disposition est conforme au droit en vigueur (art. 3, al. 2, LMP, art. 10, al. 2, AIMP). Elle fait passer les objectifs supérieurs tels que la protection de la vie ou de la sécurité publique avant la logique de la concurrence. En plus de la protection policière, elle évoque des intérêts juridiques privés qui priment le droit des marchés publics. Contrairement à l'al. 1, la publication ou non d'un appel d'offres portant sur ces projets de marchés sont laissés à l'appréciation de l'adjudicateur.

Al. 3

Cette disposition traite de quatre cas de marchés non assujettis: les monopoles, les marchés dits *instate*, *inhouse* et *quasi-inhouse*. Pour les entreprises opérant sur des marchés sectoriels, ces exemptions (qui donnent lieu à une exception générale du droit des marchés publics) 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 bilatéral sur les marchés publics.

Let. a: Selon le ch. 1 B.2 de l'annexe 7 de l'appendice I (Suisse) de l'AMP 2012, sont exemptés les achats de marchandises 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. Dans cette situation, la passation d'un marché de gré à gré devrait être possible d'après les critères de l'art. XIII:1, let. b, AMP 2012.

Let. b: Cette exception s'applique aux entreprises *instate* et signifie que les marchés entre adjudicateurs (assujettis) ne doivent pas impérativement faire l'objet d'un appel d'offres public. Le principe sous-jacent est proche de celui de l'appel d'offres unique. Cette exception est déjà prévue au ch. I B.1 de l'annexe 7 de l'appendice I (Suisse) de l'AMP 2012. Le droit de l'UE est plus strict sur ce point⁵⁶.

La question de savoir si l'adjudicateur juridiquement indépendant qui doit fournir la prestation concernée est soumis au droit des marchés publics au lieu de son siège ou au droit fédéral n'est pas pertinente. Pour que l'obligation d'appel d'offres soit levée, il faut que la concurrence ne soit pas faussée. De même, les adjudicateurs ne peuvent pas octroyer librement à une institution du domaine des EPF ou à une université cantonale des mandats d'expertises ou de tests de produits d'une manière générale et sans appel d'offres lorsque ces prestations sont fournies en concurrence avec des soumissionnaires privés. Il faut déterminer au cas par cas si un service est fourni en concurrence avec des soumissionnaires privés.

Let. c: Un marché est considéré comme interne (*inhouse*) lorsque la prestation est fournie avec les propres ressources de l'adjudicateur, auquel cas celui-ci renonce à faire appel à des tiers (décision de fabriquer lui-même). Les marchés de ce type ne doivent pas faire l'objet d'un appel d'offres.

Let. d: Jusqu'à présent, les prestations fournies par des soumissionnaires décentralisés sur lesquels l'adjudicateur exerce un contrôle public étaient plus difficiles à évaluer. Font partie de ce genre d'entreprises RUAG SA et les sociétés informatiques Abraxas SA et Bedag SA, toutes deux contrôlées par des cantons. Dans ce type de contextes, la doctrine a recommandé l'application de critères mis au point par la Cour européenne de justice. L'affaire «Teckal» constitue le point de départ de la jurisprudence⁵⁷. La let d codifie les principaux considérants de cette pratique. Toutefois, la

⁵⁶ Cf. Arrêt de la CJUE C-159/11 du 19 décembre 2012.

⁵⁷ Cf. Arrêt de la CJCE C- 107/98 du 18 novembre 1999.

pratique Teckal se codifie de manière autonome, mais pas nécessairement dynamique, en conformité avec l'AMP.

En ce qui concerne les exigences de contrôle, la pratique s'alignera sur la liste des critères indicatifs que le Comité des marchés publics de l'OMC adoptera en application de l'art. XIX:8, let. b, AMP 2012. Conformément à la note 2 relative à l'annexe 4 de l'AMP 1994, un soumissionnaire est considéré comme fournissant l'essentiel de ses prestations à un adjudicateur (sectoriel) lorsqu'il réalise 80 % au moins de son chiffre d'affaires avec la fourniture de ces services audit adjudicateur sur un marché déterminé (cf. note 2 relative à l'annexe VI de l'accord bilatéral sur les marchés publics).

Chapitre 3 Principes généraux

Art. 13 Principes régissant la procédure

L'art. IV AMP 2012 comporte un paragraphe qui définit les principes à respecter lors de la passation de marchés publics. Parmi ceux-ci figurent la non-discrimination et le traitement national, l'attachement à une procédure transparente et impartiale, la lutte contre la corruption et la renonciation aux achats 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, notamment à l'art. 8 LMP, aux art. 6 et 7 OMP, ainsi qu'à l'art. 11 AIMP. Le présent projet de révision rassemble tous ces principes en une seule disposition. L'interdiction des achats de compensation énoncée à l'art IV:6 AMP 2012 est directement applicable.

Chaque marché public peut impliquer des exigences différentes quant à la procédure d'adjudication. La loi laisse (dans les limites du *numerus clausus* des types de procédures) suffisamment de marge de manœuvre pour que l'organisation de la procédure puisse être adaptée au marché. Cette liberté d'aménagement est limitée par les principes régissant la procédure, lesquels sont considérés comme équivalents entre eux. L'ordre dans lequel ils sont énumérés ne reflète pas un ordre de priorité. Tous les principes doivent être respectés simultanément.

Let. a: Il faut distinguer les objectifs généraux, énoncés à l'article relatif au but de la loi, des principes de procédure. Alors que l'art. 1 AP-LMP porte sur les objectifs du droit des marchés publics en général, l'art. 13 fixe les exigences afférentes à la procédure d'adjudication des marchés. Ces principes (transparence, objectivité et impartialité) servent les objectifs supérieurs.

Let. b: La corruption n'est pas seulement contraire aux principes fondamentaux du droit des marchés publics, elle fait également peser des coûts considérables sur l'économie. Selon un communiqué de presse⁵⁸ 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 évoqué dans le préambule de l'AMP 2012, cet objectif est codifié précisément à l'art. IV:4. Dans le droit de l'UE, des efforts parallèles sont menés afin de renforcer la lutte contre la corruption et d'offrir une protection supplémentaire contre les risques de corruption.

⁵⁸ Disponible à l'adresse: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-678_de.htm?locale=FR (état: 23 janvier 2014).

Les efforts internationaux de lutte contre la corruption s'appuient sur la Convention des Nations Unies contre la corruption⁵⁹, qui est entrée en vigueur pour la Suisse le 24 octobre 2009. L'art. 9 de celle-ci porte sur les marchés publics. Il prévoit que chaque Etat 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 corruption⁶⁰ 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, l'OCDE a émis une recommandation sur la prévention de la corruption dans le domaine des marchés publics. Selon celle-ci, 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, le projet de LMP propose qu'un adjudicateur puisse exclure un soumissionnaire corrompu de la procédure d'adjudication, ou révoquer l'adjudication (cf. art. 46, let. h, AP-LMP).

Let. c: Le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires suisses et étrangers ne s'applique que dans le domaine des accords internationaux (sous réserve de l'art. 6, al. 3, de l'accord bilatéral sur les marchés publics). D'une part, il faut traiter les soumissionnaires étrangers de la même manière que les soumissionnaires suisses; d'autre part, il faut garantir l'égalité de traitement entre les soumissionnaires suisses et étrangers. Le principe de traitement national exclut la passation de marchés sur la base de motifs protectionnistes. Dans un marché public de la Confédération, on ne pourra pas, par exemple, tenir compte de l'origine d'un produit, ni du fait qu'un soumissionnaire a son siège à proximité ou qu'il revêt une certaine importance économique et fiscale pour la région⁶¹. Le principe de l'égalité de traitement est également enfreint si l'entité adjudicatrice n'offre qu'à *un seul* soumissionnaire la possibilité d'adapter son offre⁶². Il convient de relever que le principe de l'égalité de traitement va au-delà de la simple égalité entre soumissionnaires suisses et étrangers et de la prévention du protectionnisme. Il implique aussi par exemple qu'il faut éviter qu'un soumissionnaire n'obtienne une longueur d'avance en matière d'information; si cette situation ne peut être évitée, cette avance doit être compensée dans la mesure du possible.

Let. d: Les soumissionnaires ont droit à ce que leurs données et leurs secrets commerciaux soient protégés. A défaut, il ne pourra pas y avoir de concurrence efficace entre les soumissionnaires. Un manque de transparence encourage la corruption et conduit à une mauvaise gestion, alors qu'un excès de transparence favorise les pratiques concertées entre les soumissionnaires et nuit à la concurrence.

Art. 14 Respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et respect des conditions de travail

Al. 1 et 2

⁵⁹ Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003, RS **0.311.56**.

⁶⁰ Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales du 17 décembre 1997, RS **0.311.21**.

⁶¹ Cf. CRM 11/97 du 4 décembre 1997, consid. 2.

⁶² Cf. CRM 2005-002 du 30 mai 2005, consid. 4 c.

Alors que les normes sociales et les principes de traitement national et de non-discrimination sont parfois soumis à des exigences contraires, la conviction qui prévaut aujourd'hui est qu'il est indispensable d'instaurer le respect des prescriptions minimales en matière de protection des travailleurs, des conditions de travail ainsi que de l'égalité de traitement entre femmes et hommes afin de garantir le bon fonctionnement de la concurrence. En Suisse, il faut tenir compte en particulier des dispositions du droit des obligations, de la loi sur le travail (LTr)⁶³ et de ses ordonnances d'exécution. Doivent également être observées les dispositions des conventions collectives de travail et des contrats-types de travail, ou, à défaut, les conditions de travail usuelles du lieu et de la branche. L'adjudication de marchés publics ne doit pas récompenser la sous-enchère abusive en matière de conditions de travail, la violation des dispositions de protection des travailleurs et les inégalités de traitement entre femmes et hommes.

A des fins d'harmonisation du droit fédéral et des normes cantonales, l'AP-LMP propose de déroger partiellement au principe du lieu d'exécution énoncé jusqu'ici à l'art. 8, al. 1, let. b, LMP, et d'adapter le droit aux principes issus de la LMI applicables aux cantons: tandis que les soumissionnaires étrangers qui fournissent un service en Suisse doivent continuer à satisfaire aux dispositions en matière de protection des travailleurs et aux conditions de travail en vigueur au lieu d'exécution, les soumissionnaires ayant leur siège ou un établissement en Suisse doivent désormais respecter au minimum les dispositions de protection des travailleurs et les conditions de travail applicables au lieu de leur siège ou de leur établissement. Globalement, ce système ne devrait pas discriminer les soumissionnaires étrangers par rapport aux soumissionnaires suisses. En effet, selon les conditions minimales locales (par ex. salaires minimaux inscrits dans des conventions collectives de travail non déclarées de force obligatoire), le soumissionnaire étranger sera tour à tour plutôt avantagé par rapport au soumissionnaire suisse (par ex. lorsque le soumissionnaire suisse provient d'un lieu où prévalent des salaires minimaux plus élevés qu'au lieu d'exécution) et plutôt désavantagé (dans le cas inverse).

Ces dernières années, on a beaucoup parlé du respect de normes sociales et de normes de protection des travailleurs minimales suite à certains dysfonctionnements mis au jour dans des usines de production. Alors que l'AMP 2012 ne règle pas cette question de manière explicite, les normes minimales relatives à la protection des travailleurs sont intégrées depuis longtemps dans les systèmes juridiques suisse et européen. Dans leur pratique actuelle, la Confédération et les cantons exigent, dans le domaine des marchés publics suisses, le respect au moins des dispositions nationales en matière de protection des travailleurs et des conditions de travail ainsi que, dans la passation de marchés internationaux, le respect des conventions-clés de l'Organisation internationale du travail (OIT). Il s'agit en particulier des conventions suivantes:

- Convention n° 29 du 28 juin 1930 concernant le travail forcé ou obligatoire⁶⁴
- Convention n° 87 du 9 juillet 1948 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical⁶⁵

⁶³ Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, RS **822.11**.

⁶⁴ RS **0.822.713.9**.

⁶⁵ RS **0.822.719.7**.

- Convention n° 98 du 1^{er} juillet 1949 concernant l’application des principes du droit d’organisation et de négociation collective⁶⁶
- 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 égale⁶⁷
- Convention n° 105 du 25 juin 1957 concernant l’abolition du travail forcé⁶⁸
- Convention n° 111 du 25 juin 1958 concernant la discrimination en matière d’emploi et de profession ⁶⁹
- Convention n° 138 du 26 juin 1973 concernant l’âge minimum d’admission à l’emploi⁷⁰
- 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 élimination⁷¹

Ces huit conventions fondamentales sont recensées à l’annexe 4 AP-LMP. Une grande majorité des 185 Etats membres de l’OIT, dont la Suisse, les a ratifiées. Par ailleurs, la Déclaration de l’OIT de 1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail oblige tous les Etats 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 des huit conventions.

Dans le cas des soumissionnaires venant de l’UE ou de l’AELE, c’est l’accord entre la Confédération suisse, d’une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d’autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP)⁷² qui s’applique, dont l’art. 22, al. 2, annexe I fait référence à la directive 96/71/CE relative au détachement des travailleurs dans le cadre d’une prestation de services⁷³. Dans cette directive, les Etats membres garantissent à tous les travailleurs détachés, quelle que soit la loi applicable à la relation de travail, les conditions de travail et d’emploi selon l’art. 3 de la directive. Conformément à l’art. 16, al. 1 et 2, ALCP, la Suisse doit prendre toutes les mesures nécessaires pour que les droits et obligations équivalent à ceux de la directive trouvent application dans leurs relations. Dans la mesure où l’application de l’accord implique des notions de droit communautaire, il sera tenu compte de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des Communautés européennes antérieure à la date de sa signature (art. 16, al. 2, ALCP).

Al. 3

Sur demande, le soumissionnaire doit prouver qu’il respecte les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail, ainsi que le principe d’égalité entre femmes et hommes. L’adjudicateur peut soit contrôler lui-même le respect des normes minimales, soit déléguer ce contrôle à des tiers. Les cas de non-respect doivent pouvoir être sanctionnés par des clauses appropriées dans les contrats de marchés publics, notamment par des peines conventionnelles. L’al. 3 porte également sur

⁶⁶ RS **0.822.719.9.**

⁶⁷ RS **0.822.720.0.**

⁶⁸ RS **0.822.720.5.**

⁶⁹ RS **0.822.721.1.**

⁷⁰ RS **0.822.723.8.**

⁷¹ RS **0.822.728.2.**

⁷² RS **0.142.112.681.**

⁷³ Directive 96/71/CE du parlement européen et du conseil du 16 décembre 1996, JO n° L 018 1997, p. 0001 de la version en vigueur au moment de la signature de l’accord.

le respect des obligations en matière d'annonce et d'autorisation visées par la loi sur le travail au noir (LTN)⁷⁴, en particulier dans le domaine du droit des assurances sociales, des étrangers et de l'imposition à la source. Ces dispositions sont nécessaires dans la mesure où le travail au noir représente désormais un critère d'exclusion ou de récusation (art. 46 AP-LMP). C'est pourquoi l'adjudicateur doit pouvoir faire contrôler le respect de ces obligations.

Al. 4

L'al. 4 règle l'échange d'informations entre l'adjudicateur, les différents organes de contrôle du marché du travail, et les autorités prévues par des dispositions de droit spécial. Afin de permettre à l'adjudicateur d'appliquer les sanctions prévues à l'art. 47 AP-LMP, il doit, avec les autorités et les organes compétents, pouvoir échanger les informations nécessaires, par ex. concernant l'existence d'une infraction aux conditions minimales de salaire et de travail. Font notamment partie des organes de contrôle:

- les organes de contrôle selon l'art. 4 LTN;
- les autorités selon l'art. 11 LTN, et notamment dans les domaines de la sécurité sociale, des étrangers et de l'imposition à la source;
- les organes d'exécution paritaires au sens de l'art. 3 de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail⁷⁵;
- les commissions tripartites au sens de l'art. 360b CO;
- les autorités cantonales d'exécution au sens de l'art. 41 de la LTr⁷⁶;
- les organes d'exécution au sens de l'art. 85 de la loi fédérale sur l'assurance-accidents⁷⁷ (LAA), ainsi que
- les bureaux de l'égalité entre femmes et hommes.

Art. 15 Récusation

Al. 1

Tout soumissionnaire a droit à ce que son offre soit examinée par une autorité indépendante. Les *règles de récusation du droit général de la procédure* s'appliquent en principe également aux adjudicateurs publics. Selon la pratique actuelle, ils s'appliquent dès lors qu'il existe une simple apparence de partialité ou un simple risque de conflit d'intérêts (art. 10, al. 1, let. d, PA⁷⁸). La concordance de différents éléments qui, pris séparément, ne présentent pas une intensité suffisante pour justifier une récusation, peut aussi éveiller des soupçons de partialité justifiés. Par ailleurs, certains intérêts, en particulier économiques, sous forme de proximité relationnelle (rapports de travail, participations) ou de relation de concurrence, peuvent éveiller des soupçons de partialité, à conditions que des motifs objectifs indiquent une certaine intensité. Les

⁷⁴ Loi fédérale du 17 juin 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir, RS **822.41**.

⁷⁵ Loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail, RS **221.215.311**.

⁷⁶ Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, RS **822.11**.

⁷⁷ Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents, RS **832.20**.

⁷⁸ Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative, RS **172.021**

circonstances justifiant une récusation sont d'autant plus valables que la proximité relationnelle est intense et récente⁷⁹. Les contacts entre l'adjudicateur et le soumissionnaire dans le cadre d'une relation contractuelle préexistante n'ont pas, en tout état de cause, le degré d'intensité visé.

Il faut toutefois éviter que les exigences en matière de récusation ne soient tendues à l'excès, eu égard, notamment, au nombre de prestataires relativement restreint dans le secteur hautement spécialisé des technologies de l'information. On ne peut donc pas transférer sans autre forme de procès dans la procédure d'appel d'offres la pratique susmentionnée visant à garantir l'indépendance du juge constitutionnel. Il n'est par exemple pas possible d'exclure des changements de personnes entre les soumissionnaires et les adjudicateurs publics. Ainsi, l'administration fédérale emploie par ex. dans le secteur informatique des personnes dont il est probable qu'elles aient travaillé précédemment pour un soumissionnaire potentiel. Et les contacts au sein d'organes spécialisés peuvent être évalués favorablement en fonction des circonstances, puisqu'ils renforcent le degré de spécialisation de l'adjudicateur. Il convient donc d'évaluer l'indépendance non pas de façon abstraite, mais toujours en fonction des tâches et des fonctions du droit des marchés publics. En d'autres termes, contrairement à ce que prévoit l'art. 10 PA, la simple apparence de partialité ne suffit pas. Il faut que la partialité soit établie de façon concrète.

La let. e est une disposition subsidiaire. Pour des raisons pratiques et pour éviter les redondances, la preuve que les circonstances remettant en question l'indépendance (par ex. proximité entre personnes du côté de l'adjudicateur et du côté du soumissionnaire) n'ont pas influé sur le résultat de la procédure est réservée.

Al. 2 et 3

Le soumissionnaire ne peut pas attendre l'adjudication pour formuler un grief de partialité: il doit déposer sa demande de récusation dès qu'il a pris connaissance de faits rendant probable la partialité. L'adjudicateur statue sur la demande par une décision intermédiaire, en l'absence de la personne soupçonnée de partialité. Le principe selon lequel un soumissionnaire doit invoquer des irrégularités présumées dès qu'il en a pris connaissance de source sûre s'applique à 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. A défaut de respecter cette obligation de réclamation, on s'expose à la perte de son droit de recours.

Art. 16 Préimplification

Al. 1

Cette disposition correspond à l'art. 21a, al. 1, OMP en vigueur. Le règlement de la préimplification découle des principes de l'égalité de traitement⁸⁰, de l'encouragement de la concurrence et de l'utilisation économe des deniers publics. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il y a préimplification 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 relatifs à l'appel d'offres ou en renseignant l'adjudicateur sur certaines spécifications techniques du bien à acquérir⁸¹. Seule une préim-

⁷⁹ Cf. TAF B-4852/2012 du 15 novembre 2012, consid. 4 ss

⁸⁰ Cf. CMR 2006-004 du 26 juin 2006, consid. 2.

⁸¹ Cf. ATF 2P.164/2004 du 25 janvier 2005, consid. 3.1.

plication dite *qualifiée* peut entraîner l'interdiction de participer à la procédure d'adjudication. Cette conséquence juridique ne survient pas si le soumissionnaire ne dispose sur ses concurrents que d'une longueur d'avance minimale en termes de connaissances, si sa participation à la préparation n'était que de nature secondaire, si le nombre de soumissionnaires capables de fournir la prestation objet de l'appel d'offres est réduit, ni si la participation du soumissionnaire et l'avantage qu'il peut avoir sur ses concurrents en termes de connaissances sont rendus publics en toute transparence⁸².

Le principe de l'égalité de traitement oblige l'adjudicateur à n'accorder à aucun soumissionnaire des avantages dont les autres ne bénéficieraient pas. Si l'avantage concurrentiel résultant de la préimplication est compensé, l'adjudicateur peut réintégrer le soumissionnaire préimpliqué dans la procédure (cette compensation n'est cependant pas un droit du soumissionnaire concerné). 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 résultant de la préimplication. A défaut, il est obligé d'exclure le soumissionnaire préimpliqué de la procédure. Dans certains cas exceptionnels, si l'exclusion empêche le maintien d'une concurrence efficace (parce qu'il ne resterait plus qu'un seul soumissionnaire potentiel pour la procédure prévue, par ex.), l'adjudicateur peut maintenir le soumissionnaire préimpliqué dans la procédure, malgré son avantage concurrentiel.

Al. 2

Il n'est pas toujours possible d'éviter la préimplication de certains soumissionnaires. Il importe alors que l'adjudicateur communique les connaissances particulières ainsi acquises par le soumissionnaire préimpliqué pour maintenir l'égalité des chances. Il arrive, par exemple, que des mandats permanents fassent périodiquement l'objet d'un nouvel appel d'offres, sans pour autant que cela constitue une préimplication au sens du droit des marchés publics. Dans ce cas, un soumissionnaire ayant déjà fourni la prestation concernée aura naturellement une longueur d'avance sur ses concurrents en matière d'information. L'exclusion d'un nouvel appel d'offres pour ce motif serait contraire au principe de l'égalité des chances⁸³. L'adjudicateur doit par contre s'efforcer d'égaliser le niveau de connaissance des différents soumissionnaires.

Il est donc aussi important de compenser les dissymétries d'information que de les éviter. L'al. 2 correspond largement à l'actuel art. 21a, al. 2, OMP et énonce différents moyens de compenser l'avantage concurrentiel d'un soumissionnaire préimpliqué. Le principe de transparence veut non seulement que toute dissymétrie d'informations 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 constitue, selon la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, pas encore à elle seule un moyen de compenser un avantage concurrentiel⁸⁴. En revanche, la prolongation des délais minimaux (let. c) est tout à fait efficace à cet égard⁸⁵.

Al. 3

Le but d'un appel d'offres public est d'acquiescer 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 une telle procédure. Il peut, pour se faire, être amené à mandater une

⁸² Cf. CRM B-4621/2008 du 6 octobre 2006, consid. 5.2 s.

⁸³ Cf. CRM B-4621/2008 du 6 octobre 2006, consid. 5.5.

⁸⁴ Cf. TAF B-11752/2011 du 31 mars 2011, consid. 5.

⁸⁵ Cf. TAF B-1358/2013 du 23 juillet 2013.

analyse de marché auprès d'un tiers indépendant. Du moment que leurs résultats figurent dans la documentation relative à l'appel d'offres, ces recherches n'entraînent pas la préimplémentation des prestataires contactés avant l'appel d'offres.

Art. 17 Détermination de la valeur du marché

Cette disposition correspond largement aux actuels art. 14a, 15 et 15a, OMP. Les différents types de marché sont soumis à des valeurs seuils différentes, qui sont inscrites dans les listes d'engagements des accords internationaux sur les marchés publics. Les taux de conversion par rapport aux droits de tirage spéciaux de l'AMP⁸⁶ et des accords de libre-échange avec des pays tiers de même que par rapport aux montants en euros des valeurs seuils de l'accord bilatéral figurent dans l'ordonnance du DEFR sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics.

Al. 1

Cet alinéa précise qu'il appartient à l'adjudicateur d'estimer la valeur du marché. Il accomplit cette obligation en fonction de ses propres connaissances et d'analyses spécifiques du marché, pour déterminer si la valeur seuil de référence a été atteinte ou non. Il a intérêt à effectuer un calcul grossier. S'il apparaît, une fois que les offres ont été réceptionnées, qu'il aurait fallu appliquer une procédure de niveau supérieur (procédure ouverte plutôt que sur invitation ou de gré à gré, par ex.), la procédure est annulée.

Al. 2

Si le marché comporte plusieurs mandats de fourniture ou de prestation analogues, et surtout s'il est réparti en lots, sa valeur correspond à sa valeur globale cumulée,⁸⁷ car il est interdit de subdiviser un marché public en vue d'échapper les dispositions de la LMP. Cette interdiction du morcellement figure déjà dans le droit en vigueur (art. 7, al. 1, OMP); il est un élément clé du droit des marchés publics (art. II:6 APM 2012). Une subdivision illicite ne présuppose pas une intention illicite de l'adjudicateur public; sa conséquence objective, qui est la non-atteinte des valeurs seuils, suffit.

Al. 3 et 4

La valeur du marché est déterminée par l'ensemble des prestations qui doivent faire l'objet d'un appel d'offres et qui ont un rapport matériel ou juridique étroit, de même que des rémunérations y afférentes. Il y a rapport étroit lorsque, par exemple, les prestations ne peuvent être raisonnablement acquises indépendamment l'une de l'autre, en particulier lorsqu'elles visent le même but, qu'elles doivent être accomplies par la même personne ou que la répartition des responsabilités n'est pas souhaitable⁸⁸. Il convient d'intégrer à l'estimation de la valeur du marché des options quantitatives, outre des options de prolongation.

Al. 5

Dans le cas des contrats de longue durée, il faut décider d'emblée si la durée convenue est déterminée ou indéterminée. La valeur du marché des contrats à durée déterminée correspond alors aux rémunérations cumulées pendant la durée convenue du contrat,

⁸⁶ A consulter sur: http://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/thresh_f.htm (état du 8 mai 2014).

⁸⁷ Cf. CMR 2003-021 du 5 novembre 2003, consid. 1.

⁸⁸ Cf. rapport explicatif du DFF du 1^{er} janvier 2010, p. 9, à télécharger sur: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/17764.pdf> (état du 2 avril 2014).

même si ce dernier prévoit la possibilité d'une résiliation anticipée. Les durées supérieures à quatre ans sont réservées à des cas exceptionnels et doivent être dûment justifiées par l'adjudicateur. Il s'agit là d'une instruction interne à l'administration, qui n'est pas justiciable. Les contrats portant sur une longue période se justifient en particulier pour des raisons de rentabilité, notamment lorsqu'il est nécessaire de protéger les investissements ou de prendre en compte le cycle de vie des produits, qui impliquent une restriction modérée de l'accès au marché. A titre d'exemple, l'entretien et l'exploitation de systèmes informatiques, dont l'amortissement s'étale souvent sur une période longue, pour des raisons de rentabilité, requièrent des contrats de longue durée. Il faut alors vérifier au cas par cas l'opportunité d'une durée supérieure à quatre ans et des restrictions de concurrence qu'elle impliquerait. La prolongation de contrats existants est soumise aux mêmes conditions, quoiqu'elle doive être évaluée avec plus de sévérité que la conclusion d'un nouveau contrat.

Al. 6

Dans le cas des contrats à durée indéterminée, il faut multiplier par 48 la rémunération mensuelle estimée. Ces contrats ne doivent pas être conçus de manière à exclure du marché les autres fournisseurs pendant une durée excessive.

Art. 18 Droit de regard

Al. 1

Cette disposition reprend la teneur de l'art. 5, al. 1, OMP, selon lequel en l'absence de concurrence (notamment dans le cadre des procédures de gré à gré), l'adjudicateur a un droit de regard sur le calcul du prix du soumissionnaire. Il n'est plus besoin désormais d'accord séparé entre l'adjudicateur et le soumissionnaire; le droit de regard est accordé directement par la loi. Ce droit vise à garantir la possibilité d'acquérir des services à des conditions économiques en dehors d'un contexte de concurrence. Si la vérification révèle que le prix convenu est trop élevé, l'obligation de rembourser ou de réduire le prix à l'avenir est imposée au moyen d'une décision individuellement sujette à recours (art. 55, al. 1, let. h, AP-LMP). En revanche, dans le cas contraire, il ne peut pas les augmenter. Les détails sont réglés dans la directive du DFF y relative⁸⁹. Si un soumissionnaire contrevient à ses obligations concernant le droit de regard des autorités, il risque de se voir exclu des futurs marchés publics pour une durée maximale de cinq ans (art. 47, al. 1, AP-LMP).

L'al. 2 correspond à la pratique actuelle. Il s'agit d'un acte d'assistance administrative.

L'al. 3 autorise le Conseil fédéral à fixer des exceptions au droit de regard prévu à l'al. 1 de même que d'autres détails comme la vérification du prix (art. 17 et 18 AP-OMP).

Chapitre 4 Procédures d'adjudication

Art. 19 Types de procédures

Al. 1 et 2

Le nombre des types de procédures admis reste fixe: procédure ouverte ou sélective (al. 1), et procédure sur invitation ou de gré à gré (al. 2). Les formes nouvelles ou

⁸⁹ Directive du DFF du 28 décembre 2009 concernant les accords sur le droit de regard dans le cadre des marchés publics de la Confédération.

mixtes ne sont pas admises, ce qui ne veut pas dire qu'il est interdit de compléter les quatre types de procédure prévus par des éléments spécifiques à l'appel d'offres. La condition impérative, c'est qu'on puisse identifier à tout moment le type de procédure prévu par la loi qui est utilisé. Les éléments typiques de la procédure doivent être identifiables à tout moment. Les éléments spécifiques ajoutés doivent quant à eux respecter les principes généraux du droit des marchés publics que sont la rentabilité, l'égalité de traitement et la transparence.

A moins que la loi n'en dispose autrement, l'adjudicateur peut choisir le type de procédure. Il peut opter pour la version supérieure (procédure ouverte ou sélective plutôt que sur invitation, procédure sur invitation plutôt que de gré à gré), même si la loi n'exige qu'une forme plus simple. Pour choisir entre les procédures ouverte et sélective, il s'appuie sur des critères pratiques, en tenant compte notamment de la complexité des prestations à acquérir et du nombre d'offres escompté. La procédure de gré à gré, qui permet une adjudication directe, sans appel d'offres, n'est applicable que dans certains cas bien particuliers ou lorsque la valeur du marché est inférieure à 150 000 francs.

Art. 20 Procédure ouverte

Al. 1 et 2

La procédure ouverte est la procédure de base. Elle consiste en un appel d'offres direct, sans présélection des soumissionnaires. Tous les soumissionnaires qui le souhaitent peuvent présenter une offre directement. L'adjudicateur peut exclure de la procédure les soumissionnaires inappropriés soit par une décision individuellement sujette à recours (art. 55, al. 1, let. f, AP-LMP) soit en les ignorant lors de l'adjudication.

La procédure ouverte ainsi que la procédure sélective décrite ci-après donnent toutes deux pleinement accès au marché. L'adjudicateur peut choisir librement l'une ou l'autre. L'une et l'autre permettent de réduire le délai de remise des offres, mais non le délai de remise des demandes de participation (art. 49, AP-LMP).

Art. 21 Procédure sélective

Al. 1 et 2

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

Al. 3 et 4

L'adjudicateur examine l'aptitude des soumissionnaires autorisés à présenter une offre. Alors que la procédure sur invitation oblige l'adjudicateur à sélectionner les soumissionnaires admis, la procédure sélective prévoit une réduction du nombre de soumissionnaires à l'issue d'un examen d'aptitude structuré. Cette préqualification est individuellement sujette à recours (art. 55, al. 1, let. b, AP-LMP). Seuls les soumissionnaires préqualifiés sont invités à déposer une offre.

Si une concurrence efficace reste garantie, la procédure sélective offre la possibilité supplémentaire de limiter, par mesure d'efficacité, le nombre des soumissionnaires autorisés à présenter une offre. Selon la jurisprudence, l'adjudicateur est, dans ce cas, soumis à une double obligation: justifier la nécessité de limiter le nombre de soumissionnaires, et annoncer dès le lancement de l'appel d'offres son intention de limiter le

nombre de soumissionnaires de même que le nombre maximum de soumissionnaires admis.⁹⁰

Art. 22 Procédure sur invitation

Al. 1 et 2

La procédure sur invitation n'est pas prévue par le droit international. Elle est applicable aux marchés non soumis aux accords internationaux, dans le respect des valeurs seuils fixées dans l'ordonnance: selon le droit en vigueur, la procédure sur invitation s'impose pour l'acquisition de marchandises d'une valeur égale ou supérieure à 50 000 francs. La nouvelle ordonnance sur les valeurs seuils adapte ce montant à celui applicable aux services et aux prestations de construction, et permet donc les procédures de gré à gré pour les marchés ne dépassant pas 150 000 francs. La procédure sur invitation est ainsi applicable à l'acquisition de marchandises, de services et de prestations de construction pour tout montant compris entre 150 000 francs et la valeur seuil fixée au niveau international. L'al. 2 correspond au droit en vigueur (art. 35, al. 3, let. g et h, OMP).

Al. 3

L'acquisition d'armes, de munitions et de matériel de guerre étant exclue des marchés soumis aux accords internationaux en vertu de l'art. 11 AP-LMP, elle peut faire l'objet de procédures d'appel d'offres sur invitation sans limite de montant.

Al. 4 et 5

Le choix ou la limitation des soumissionnaires admis à la procédure appartiennent à l'adjudicateur. Cette disposition correspond à l'art. 35, al. 1, OMP en vigueur. Pour garantir une concurrence minimale, l'adjudicateur s'efforce d'obtenir au moins trois offres. Cette condition est remplie pratiquement si au moins trois prestataires ont été sollicités. Il n'est pas nécessaire que tous soumettent une offre. L'ordonnance règle les détails.

Compte tenu des efforts visant à accélérer les procédures d'adjudication, la loi ne prévoit pas de délai minimum pour la procédure d'invitation. D'ailleurs, en pratique, pour les produits standards (stylos, par ex.), dont les fournisseurs possèdent le tarif complet (et réduit, le cas échéant), le délai de dépôt des offres est souvent limité à quelques jours. Il ne faut pas restreindre inutilement cette possibilité. La suite de la procédure est identique à celle des procédures ouverte et sélective.

Art. 23 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/UE, ou art. 50 de la directive 2014/25/UE) et à l'art. 16 LMP. Comme l'AMP 1994, la phrase introductive de l'art. XIII AMP 2012 (appel d'offres limité) précise que l'adjudicateur ne peut pas utiliser cette procédure dans le but d'éviter la concurrence entre les fournisseurs ou d'une manière qui établit une discrimination à l'égard des fournisseurs de tout autre Etat partie.

Al. 1

⁹⁰ Cf. CMR 00398 du 8 octobre 1998 (JAAC 65.41), consid. 4 s.

Dans la procédure de gré à gré, qu'on appelle aussi appel d'offres limité, l'adjudicateur adjuge un marché directement à un soumissionnaire, sans lancer d'appel d'offres. Il entre donc directement en négociation avec un fournisseur. La procédure est donc différente des procédures ouverte et sélective, car elle ne présuppose pas l'existence d'une concurrence entre les soumissionnaires. Les principes du droit des marchés publics (rentabilité, transparence, concurrence) ne s'y appliquent que sous une forme affaiblie.

Al. 2

L'al. 2 transpose dans le droit national la liste des exceptions figurant à l'art. XIII:1, let. a à h, AMP 2012 et autorisant une procédure de gré à gré. Cette liste correspond, à de rares modifications près, au droit en vigueur (art. 13, al. 1, OMP). Selon la pratique constante des tribunaux, il convient de donner à ces circonstances une interprétation étroite en raison de leur caractère exceptionnel.⁹¹ Il s'agit à chaque fois de cas où les procédures ouverte ou sélective ne seraient ni réalisables ni appropriées, par exemple parce que l'obligation de protéger des droits de propriété intellectuelle empêcherait toute concurrence, parce qu'il s'agit de marchés successifs ou parce que l'acquisition est particulièrement urgente, pour des raisons imprévisibles.

Let. b: En cas d'entente entre les soumissionnaires, l'adjudicateur pourra difficilement s'en rendre compte par lui-même. Néanmoins, s'il a des soupçons en ce sens, il peut contacter la COMCO et solliciter une première évaluation. Si ses soupçons se confirment, l'adjudicateur doit pouvoir recourir à la procédure de gré à gré pour autant qu'il n'existe plus aucune concurrence résiduelle en dehors du cartel de soumission.

Let. c: Cette condition correspond à la réglementation éprouvée actuelle. Elle est remplie lorsqu'un marché ne peut être attribué qu'à un soumissionnaire bien précis, en raison de ses particularités techniques ou artistiques ou pour des motifs relevant de la protection de la propriété intellectuelle. C'est par exemple le cas lorsque ce soumissionnaire, faute de solutions de remplacement appropriées, est le seul capable de fournir un certain produit ou une certaine prestation de construction ou de service. Pour justifier le recours à la procédure de gré à gré, l'adjudicateur doit non seulement fournir des motifs techniques mais aussi expliquer de façon crédible et (si possible) prouver que ces motifs techniques nécessitent impérativement ce type de procédure⁹². Les clauses contractuelles qui restreignent la concurrence dans un marché public (par ex. une clause d'architecte) ne constituent ni une particularité technique, ni une particularité artistique et ne permettent dès lors pas d'invoquer l'exception de la let. c. Si un soumissionnaire conteste la procédure de gré à gré devant les tribunaux, il doit prouver qu'il est disposé et en mesure d'offrir des prestations de substitution⁹³.

Let. d: L'application de la clause exceptionnelle d'urgence de la let. d nécessite la réunion des conditions suivantes: la survenance d'un événement imprévisible qui est à l'origine d'une situation d'extrême urgence. L'urgence ne doit pas être due au fait de l'adjudicateur (par ex. par son manque de soin), ni résulter de la planification qu'il s'est fixée. L'urgence doit être telle que l'adjudicateur ne serait pas en mesure d'y faire face s'il procédait par le biais d'une procédure ouverte, sélective ou sur invitation.

La *let. e* concerne les livraisons additionnelles. Cette nouvelle disposition prévoit une adjudication de gré à gré lorsque les prestations destinées à remplacer, à compléter ou à accroître des fournitures, services ou travaux de construction déjà fournis doivent

⁹¹ Cf. CMR 2000-007 du 3 novembre 2000, consid. 4a.

⁹² Cf. CMR 2000-007 du 3 novembre 2000, consid. 4b.

⁹³ Cf. ATF 3402/2009 du 6 juillet 2010, consid. 3.2.7 et 4.3.

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 par exemple tenir au fait que certains matériels, services ou installations (tels que des logiciels) ne se remplacent pas si facilement. Quand il faut assurer la compatibilité avec des composants existants, recourir à une procédure ouverte ou sélective n'a pas de sens. L'adjudicateur doit exposer clairement par écrit les raisons pour lesquelles il considère que les matériels, logiciels, services ou installations achetés lors d'une adjudication antérieure sont difficilement échangeables ou compatibles avec ceux d'un autre fournisseur, et donc qu'un changement de fournisseur entraînerait des difficultés considérables ou une augmentation substantielle des coûts. En ce qui concerne l'augmentation prévisible des coûts, le plafond de tolérance est élevé: une telle augmentation ne justifie pas forcément l'exclusion de la concurrence. Il faut en effet établir d'abord qu'elle est disproportionnée par rapport au prix de l'offre. Les coûts à prévoir incluent les frais de transport et d'installation de même que les frais de formation (initiation au fonctionnement et à la configuration locale).

L'art. XV AMP 1994 prévoyait trois circonstances supplémentaires justifiant un appel d'offres limité: les livraisons additionnelles (let. d), les services de construction additionnels (let. f) et les «nouveaux services de construction» (let. g). Tous trois ont été réunis dans l'art. XIII:1, let. c, APM 2012 à l'instigation de certains Etats membres.

L'actuel art. 13, al. 1, let. h, OMP (nouveaux marchés de construction liés à un marché de base similaire) est abandonné. Ce type d'acquisition relève désormais aussi de la let. e.

Let. i: En plus des circonstances énumérées dans l'AMP 2012 (cf. en particulier art. XIII:1, let. h, AMP 2012), la let. i autorise aussi la procédure de gré à gré lorsque l'adjudicateur, ayant fait élaborer la solution d'une tâche de planification lors d'une procédure antérieure, c'est-à-dire dans le cadre d'un concours de projets ou d'un concours portant sur les études et la réalisation, confie ensuite au lauréat des prestations subséquentes étroitement liées à cette tâche telles que des nouvelles tâches de planification (planification approfondie, par ex.) ou la coordination de la mise en œuvre de cette planification (direction des travaux, par ex.), mais non la réalisation du projet (travaux de construction, par ex.). Outre des concours, un mandat d'étude organisé en conséquence peut suffire à satisfaire les exigences requises.

Al. 3

Comme le prévoient déjà l'art. XIII:2 AMP 2012 et l'art. 13, al. 2, OMP, l'adjudicateur rédige un rapport sur chaque marché adjugé de gré à gré. Une publication du rapport est inutile, dans la mesure où les adjudications doivent être motivées de façon sommaire (art. 53, al. 3, AP-LMP).

Le coût de ces marchés est difficile à évaluer faute de concurrence des soumissionnaires. En guise de compensation, l'art. 5 OMP prévoit d'ores et déjà dans ces cas-là la possibilité d'accorder aux soumissionnaires un droit de regard sur les bases de calcul. Le principe de cette disposition a fait ses preuves. Désormais, le droit de regard sur le calcul des prix découle directement de la loi (art. 18 AP-LMP).

Art. 24 Concours d'études et concours portant sur les études et la réalisation

Al. 1

Les concours d'études et les concours portant sur les études et la réalisation jouent un rôle important dans les marchés publics. Un adjudicateur peut organiser un *concours d'études* en vue d'élaborer des propositions de solutions sous forme de concours d'idées sur des tâches décrites et délimitées globalement, ou sous forme de concours de projets sur des tâches décrites de façon concrète et en vue d'adjuger tout ou partie de la réalisation de la solution. Il peut organiser un *concours portant sur les études et la réalisation* en vue d'élaborer des propositions de solutions sur des tâches décrites de façon concrète et dans le but d'adjuger la réalisation de cette solution.

Le droit international ne contient aucune disposition régissant l'organisation de concours. L'art. XIII:1, let. h, AMP 2012 précise toutefois que l'adjudication de gré à gré au lauréat d'un concours n'est possible 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 avis de marché envisagé, et que les participants ou leur projet soient jugés par un jury indépendant, en vue de l'adjudication du marché au lauréat. Le droit international n'entre donc en jeu que dans un deuxième temps, 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, une procédure ouverte ou sélective s'impose. Les concours visés à l'art. 24 AP-LMP ne constituent donc pas un type de procédure à part entière en droit des marchés publics⁹⁴. S'ils doivent aboutir à une adjudication de gré à gré au lauréat, ils doivent plutôt se dérouler dans le cadre d'une procédure conforme à l'AMP, généralement ouverte ou sélective.

Les règlements SIA 142/2009 (concours) et 143/2009 (mandats d'étude) ont une importance pratique considérable. Mais attention, il s'agit là de dispositifs normatifs privés, qui d'une part ne s'appliquent que s'ils sont mentionnés dans le dossier d'appel d'offre, et de l'autre ne peuvent pas déroger aux dispositions (contraignantes) du droit en vigueur en matière de marchés publics. On peut aussi s'y référer à des fins d'interprétation ou pour combler des lacunes⁹⁵.

Al. 2

Les dispositions correspondantes comprennent un ensemble de règles particulières pour l'acquisition de prestations de planification et de construction. Les détails de ces concours sont réglés par voie d'ordonnance, comme c'était le cas jusqu'à présent (art. 40 à 57 OMP).

Art. 25 Enchères électroniques

Les projets d'acquisition se déroulent de plus en plus par voie électronique, ce qui non seulement réduit les frais de transaction mais augmente aussi la transparence et favorise l'accès au marché de soumissionnaires non locaux. Le droit communautaire a donné une base aux enchères électroniques dans les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE. L'art. 35 de la directive 2014/24/UE et l'art. 53 de la directive 2014/25/UE prévoient aussi des instruments à cet égard.

L'instauration des enchères électroniques constitue une innovation majeure pour ce qui est de la simplification et de la modernisation des procédures d'adjudication. Alors que l'AMP 1994 les ignore, l'AMP 2012 en règle tous les détails. Pour garantir aux

⁹⁴ Galli/Moser/Lang/Steiner, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3^e édition, Zurich 2013, ch. 990.

⁹⁵ Cf. CRM 1999-011 du 9 décembre 1999, consid. 4d/bb, publié dans la JAAC/2000 n° 63.

soumissionnaires une utilisation simple et sûre, tout adjudicateur doit, lorsqu'il procède à la passation d'un marché par voie électronique, utiliser des systèmes et programmes informatiques qui sont généralement disponibles et interopérables avec d'autres systèmes et logiciels généralement disponibles, et mettre en place des mécanismes de sécurité qui préservent les offres d'un accès inapproprié (art. IV:3 AMP 2012). Par mesure de transparence, chaque avis de marché envisagé doit préciser la méthode de passation du marché qui sera employée et indiquer si elle comportera une négociation ou une enchère électronique (art. VII:2, let. f, AMP 2012). L'AMP 2012 considère les enchères électroniques non pas comme une forme particulière de négociation, mais comme un instrument *sui generis*.

Hormis l'exploitation de plates-formes électroniques et le dépôt des offres par voie électronique, le droit suisse ignorait jusqu'à présent ce sujet. L'art. 25 AP-LMP vise à combler cette lacune.

Al. 1 et 2

Les enchères électroniques ne sont pas en soi une procédure d'adjudication, mais un instrument pouvant être utilisé dans le cadre d'une procédure ouverte, sélective ou sur invitation ou d'une procédure d'appel d'offres après l'adjudication de contrats-cadres. Leur 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 la plus avantageuse économiquement. Cet instrument est pour l'instant réservé à l'achat de prestations standardisées.

L'appel d'offres mentionne les exigences en matière d'authentification et de cryptage que les soumissionnaires doivent satisfaire pour déposer leur offre. La sûreté de ces procédures (et en particulier du caractère non répudiable des offres) doit faire l'objet de la plus grande attention. Il faut en outre veiller à ce que les participants saisissent leurs données sous pseudonyme. Le traitement de ces données (qu'un tableau de référence permet de rattacher à une personne précise) est régi par la loi sur la protection des données (LPD)⁹⁶.

Al. 3 à 5

L'enchère électronique ne s'utilise que dans un deuxième temps et peut comprendre plusieurs évaluations successives. Dans un premier temps, l'adjudicateur vérifie que les critères d'aptitude sont remplis et que les spécifications techniques sont respectées, et procède à une première évaluation (manuelle) des offres.

S'il décide de recourir à une enchère électronique, il doit assurer l'information complète et périodique des soumissionnaires, par mesure de transparence et pour leur garantir l'égalité de traitement. Avant chaque enchère, il communique à chaque soumissionnaire les informations relatives à la méthode d'évaluation électronique, y compris la formule mathématique, le résultat de l'évaluation initiale de son offre et tout autre renseignement pertinent concernant la conduite de l'enchère. Si l'enchère électronique comporte plusieurs phases, l'adjudicateur informe chaque soumissionnaire de sa position dans le classement.

⁹⁶ Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données, RS 235.1.

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

Art. 26 **Négociations**

Contrairement aux instruments que sont le dialogue et l'enchère électronique, les négociations figuraient déjà dans l'AMP 1994 et figurent toujours dans l'AMP 2012, quoique sous une forme condensée au niveau linguistique. Elles reposent sur les principes de la transparence et de l'égalité de traitement des soumissionnaires.

Au niveau de la Confédération, les négociations, même celles portant uniquement sur les prix, sont autorisées depuis l'entrée en vigueur de la LMP (art. 20 LMP, art. 26 OMP). Elles sont en revanche interdites si elles ont pour but ou pour effet d'avantager certains soumissionnaires ou d'en défavoriser d'autres, ce qui serait par exemple le cas si l'adjudicateur autorisait un soumissionnaire choisi arbitrairement à améliorer son offre après l'avoir déposée. Selon la jurisprudence, les négociations peuvent avoir pour objet une modification ou une réduction des prestations, mais elles ne peuvent pas servir à mettre en conformité avec les exigences requises une offre qui, au départ, n'y satisfaisait pas. Toute offre incomplète ou ne correspondant pas aux exigences de l'appel d'offres doit être exclue de la procédure. Il est donc interdit de recourir aux négociations pour amender une offre qui, dans sa version initiale, ne satisfait pas à des spécifications techniques désignées comme impératives.⁹⁷

Les négociations portant sur les prix se justifient à plus d'un titre. Tout d'abord, il est souvent difficile, en pratique, de les délimiter avec précision par rapport à d'autres types de négociation, car ces procédures influent pratiquement toujours sur le rapport qualité-prix. Ensuite, les procédures portant uniquement sur le but de l'acquisition impliquent forcément des négociations sur tous les éléments de la prestation, y compris le prix. Enfin, les négociations sur les prix peuvent être un moyen approprié d'empêcher d'éventuels accords sur les prix. Sans ce moyen, l'adjudicateur serait contraint, le cas échéant, d'annuler la procédure pour la recommencer. Or il peut s'écouler beaucoup de temps avant qu'une décision sur l'existence ou non d'un accord entre en force, et donc avant qu'on sache si l'annulation de la procédure était licite ou non.

Les négociations sont un élément incontournable des appels d'offres complexes. Elles permettent notamment d'obtenir des réductions sur le prix d'achat, ce qui est conforme au principe de l'économicité des marchés publics. Elles permettent aussi à l'adjudicateur de s'instruire pendant un appel d'offres en cours, et d'améliorer l'objet de la prestation (dans un cadre donné).

Le droit cantonal n'autorise pas pour l'instant les négociations, y compris celles sur les prix, sauf dans le cadre de procédures de gré à gré (art. 11 AIMP, art. 30 DEMP). Le législateur craignait en effet, d'une part, que les soumissionnaires n'intègrent dans leur offre une marge de négociation qu'il faudrait éliminer ensuite en menant des négociations qui devraient être annoncées préalablement, de l'autre, que les négociations soient une entreprise fastidieuse, défiant les compétences des participants et susceptible d'accroître le risque de «corruption relationnelle» entre adjudicateurs et soumissionnaires. Les soumissionnaires soulignent en outre le risque d'opacité et d'abus de

⁹⁷ Cf. CMR 2006-016 du 5 décembre 2006, consid. 3.

pouvoir de la part des adjudicateurs. Il est possible de contrer le risque potentiellement accru de corruption par des mesures internes comme la définition claire des compétences, le principe du double contrôle, les rotations, la rédaction de rapports et les systèmes de contrôle, plutôt que par une interdiction généralisée de la négociation. Quant à ceux qui craignent que les négociations sur les prix n'augmentent le risque d'abus de puissance d'achat, on peut leur rétorquer que la loi sur les cartels offre à cet égard une protection suffisante. Il est toutefois nécessaire de réglementer strictement les négociations.

Pour combler cet écart fondamental entre les législations fédérale et cantonales, il est question d'autoriser désormais les négociations dans le droit cantonal. L'avant-projet dont il est question ici exploite, du moins en partie, la marge de manœuvre de l'AMP 2012 et autorise les négociations pour de justes motifs et dans un cadre bien délimité. Il permet ainsi de trouver un compromis entre les exigences des adjudicateurs et les intérêts dignes de protection des soumissionnaires.

Al. 1

Les négociations peuvent porter sur les prestations (le volume), sur les modalités de leur exécution (la qualité) et sur le prix. La modification d'un paramètre peut entraîner celle d'un autre paramètre. Mais les négociations ne sont autorisées qu'à la condition alternative de l'art. XII:1 AMP 2012: soit l'intention de procéder à des négociations figure dans l'appel d'offres, soit il apparaît d'après l'évaluation qu'aucune offre n'est manifestement la plus avantageuse selon les critères d'adjudication définis. L'art. XII:2 AMP précise par ailleurs que l'élimination de soumissionnaires participant aux négociations doit se faire selon les critères d'évaluation énoncés dans l'appel d'offres envisagé ou la documentation relative à l'appel d'offres. De plus, à l'issue des négociations, tous les soumissionnaires restants doivent bénéficier de la même échéance pour la présentation d'une offre nouvelle ou révisée. Cela exclut tout recours à des négociations spontanées.

Al. 2

Les négociations, sous réserve que leur éventualité soit mentionnée dans l'appel d'offres, ne sont admises que pour des motifs justifiés dont l'al. 2 fournit une liste non exhaustive, et «si l'évaluation des offres ne permet pas de déterminer clairement l'offre la plus avantageuse en fonction des critères d'adjudication annoncés ». Voici quelques exemples de motifs admissibles:

let. a: des modifications des prestations se révèlent objectivement nécessaires après réception des offres. On peut par ex. imaginer qu'un soumissionnaire propose une variante d'entreprise, laquelle sera ensuite soumise aux autres soumissionnaires pour qu'ils complètent leur offre. Mieux vaut alors négocier que d'annuler la procédure pour la relancer ensuite. Si l'objet de la prestation nécessite des modifications telles que l'appel d'offres concerne alors un groupe de fournisseurs différent, il n'y a pas d'autre moyen que de lancer une nouvelle procédure.

let. b: lorsqu'un seul soumissionnaire présente une offre, le marché peut lui être adjudgé de gré à gré. La procédure de gré à gré incluant depuis toujours la possibilité de négociations (tant dans le droit cantonal que dans le droit fédéral), cette précision ne fait que mettre en évidence la pratique existante.

let. c: lorsque le marché porte sur des prestations complexes, le premier tour ne suffit généralement pas à comprendre et à cibler correctement les attentes de l'adjudicateur. En l'absence de dialogue, il faut pouvoir, dans ces cas-là, organiser un deuxième tour pour trouver la meilleure réponse à l'appel d'offres.

Al. 3

L'adjudicateur n'est nullement obligé de mener des négociations, ni, le cas échéant, d'y impliquer tous les soumissionnaires. Par mesure d'efficacité, seuls les soumissionnaires entrant raisonnablement en considération pour l'adjudication du marché sont invités à négocier. En principe, ils doivent être au moins trois.

L'al. 4 définit des exigences générales en matière de transparence et d'équité des négociations en général et de leur conduite en particulier. La let. b concrétise le principe de confidentialité attaché au droit des marchés publics (art. 13, let. d, AP-LMP). L'adjudicateur doit documenter solidement chacune des étapes franchies.

Art. 27 Données à communiquer aux participants aux négociations et procès-verbal des négociations

Cette disposition fixe les exigences formelles posées à la conduite des négociations. Elle correspond à l'actuel art. 26, al. 2 et 3, OMP (l'indication d'un nombre minimum de soumissionnaires à inviter aux négociations figurant désormais à l'art. 26, al. 3, AP-LMP).

Les négociations ne se déroulent pas dans une zone de non-droit. Elles sont soumises à la loi et aux principes de la proportionnalité et de l'impartialité. Les éléments énoncés à l'art. 26 AP-LMP et la consignation par écrit des votes visent à garantir le respect des prescriptions légales. Chaque protocole doit être signé par les deux parties.

Art. 28 Dialogue

L'instrument du dialogue – ce terme est emprunté à la terminologie des directives de l'UE – n'est prévu ni dans l'AMP 1994 ni dans l'AMP 2012. La formule «méthodes telles que» («such as») employée à l'art. IV:4, let. b, AMP 2012 édulcore le numerus clausus des procédures envisageables à l'art. VII:3 AMP 1994. Contrairement à l'art. XIV, al 2, AMP 1994, l'art. XII AMP 2012 ne contient plus la restriction selon laquelle l'objet des négociations (qui demeurent réservées) doit porter sur la constatation des points forts et faibles des offres. Ce qui ménage une marge de manœuvre pour des procédures telles que le dialogue (cf. art. VII:2, let. f, AMP 2012, par rapport à l'art. IX:6, let. b, AMP 1994). L'art. VII:2, let. f, AMP 2012 renferme les conditions à remplir dans l'appel d'offres.

Au sein de l'UE, le dialogue dit concurrentiel comme instrument de flexibilisation en présence de projets particulièrement complexes a été instauré par les dispositions de l'art. 29 de la directive 2004/18/CE et a d'emblée suscité un grand intérêt. L'art. 48 de la nouvelle directive 2014/24/UE sert à optimiser et à simplifier la procédure du dialogue concurrentiel.

Une *variante helvétique* du dialogue concurrentiel a été introduite au niveau fédéral au travers de la révision de l'OMP en 2010. Contrairement à la conception communautaire, le dialogue auquel fait allusion l'OMP est aménagé non pas comme une procédure autonome mais comme un instrument utilisable dans une procédure ouverte ou sélective. Cette approche est plus facilement intégrable au droit fédéral sur les marchés publics⁹⁸. L'instrument du dialogue concurrentiel n'est pas prévu en droit cantonal à ce jour.

Al. 1

⁹⁸ Rapport explicatif du DFF du 1^{er} janvier 2010, p. 17 s.

En présence de projets particulièrement complexes, de prestations de services intellectuels ou de projets innovants, l'adjudicateur n'est souvent pas à même, ou alors au prix d'investigations disproportionnées, sans l'aide des soumissionnaires, de déterminer l'objet du marché de telle sorte qu'il réponde à ses besoins, ou de juger des solutions que propose le marché. Si l'adjudicateur favorise unilatéralement telle ou telle solution, le risque est que les ressources et le potentiel d'innovation du marché ne soient pas intégralement exploités.

La complexité peut résider dans des caractéristiques techniques ou juridiques ou être la conséquence de la solution de financement retenue (notamment pour des partenariats public-privé)⁹⁹. Dans ces cas-là, la recherche de pistes de solution ou de démarches fait idéalement partie intégrante du processus d'acquisition (et non pas des investigations en amont) puisque, faute de connaissances spécifiques de l'adjudicateur, il est nécessaire de discuter des solutions et procédés envisageables avec les soumissionnaires et de les développer en commun.

Dans l'appel d'offres, il convient d'indiquer sous une forme appropriée que l'adjudicateur envisage d'engager un dialogue. Dès ce moment-là, qui intervient à une date précoce, les soumissionnaires sont censés savoir à quoi ils s'engagent. La question de savoir comment mener ce dialogue sera laissée alors, pour l'essentiel, à l'appréciation de l'adjudicateur.

Al. 2

Il est important de respecter l'exigence de transparence, y compris dans le dialogue. Dans l'appel d'offres, l'adjudicateur indique quels sont ses desiderata et ses exigences et précise selon quels critères (d'aptitude) il choisira ses interlocuteurs. Il donne aux soumissionnaires retenus un minimum d'indications sur le déroulement du dialogue, et ce, suffisamment tôt (en en faisant mention dans l'appel d'offres ou dans la documentation d'appel d'offres), afin qu'ils puissent s'y préparer. Le dialogue est mené d'abord sur une base bilatérale, avec chacun des soumissionnaires, et s'appuie sur ses solutions et propositions¹⁰⁰. Des dialogues communs, c'est-à-dire multilatéraux, qui permettent de combiner des solutions et des propositions, puis d'en discuter et de les développer avec tous les soumissionnaires, sont théoriquement envisageables mais difficilement réalisables en pratique.

Suivant l'étendue de l'objet à acquérir ou la complexité des questions qui se posent, l'adjudicateur peut diviser le dialogue en plusieurs phases successives propres à délimiter l'objet du marché au fur et à mesure. Il restera à régler par voie d'ordonnance comment aménager précisément le mécanisme de rémunération et s'il ne faut éventuellement indemniser que les soumissionnaires qui, bien qu'ayant souscrit à l'exploitation commerciale de leurs secrets d'affaires, ne se sont pas vu adjuger le marché.

Al. 3

Le but du dialogue est de concrétiser les exigences fonctionnelles, les solutions ou procédés formulés par l'adjudicateur en recourant au savoir-faire et à l'expérience des soumissionnaires. Ce faisant, il peut se révéler nécessaire d'articuler la procédure en plusieurs phases. Si, durant la procédure, il lui apparaît raisonnable d'exclure l'un des interlocuteurs de l'adjudication, l'adjudicateur a tout loisir d'interrompre le dialogue avec lui. Une communication à ce soumissionnaire sous forme de décision susceptible

⁹⁹ Voir les explications données par la Commission européenne sur le dialogue concurrentiel dans la directive classique 2004/18/CE, p. 1 à 4.

¹⁰⁰ Voir les explications données par la Commission européenne sur le dialogue concurrentiel dans la directive classique 2004/18/CE, p. 7 s.

de recours peut, à sa convenance, intervenir immédiatement ou seulement à la date d'adjudication du marché.

Al. 4

Cet alinéa réitère les principes d'égalité de traitement, de confidentialité et de transparence. La transmission d'informations confidentielles requiert en principe l'assentiment des soumissionnaires concernés. Il s'agit en particulier de garantir le droit de la propriété intellectuelle et le respect de la loi contre la concurrence¹⁰¹.

Al. 5

Pour des raisons de traçabilité et de contrôle judiciaire, toutes les étapes du dialogue doivent être documentées. Si les participants au dialogue sont indemnisés, il y a lieu de consigner par écrit, d'une manière appropriée, les dépenses en temps et en argent qu'ils ont consenties.

Al. 6

Les soumissionnaires admis à poursuivre le dialogue jusqu'au bout sont informés de sa teneur et invités à présenter une offre définitive complète dans un délai déterminé¹⁰². L'adjudicateur évalue les offres qui lui ont été remises à partir des critères d'adjudication fixés dans l'appel d'offres ou dans le dossier d'appel d'offres et choisit l'offre économiquement la plus avantageuse. L'ordonnance en règle les détails.

Art. 29 Contrats-cadres

L'institution de contrats-cadres n'est prévue ni dans l'AMP 1994 ni dans l'AMP 2012. L'art. XV:7 AMP 2012 précise simplement qu'une unité adjudicatrice «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 défini une fois pour toutes mais sur le droit de l'adjudicateur de bénéficier de certaines prestations pendant un certain temps.

Dans les Etats membres de l'UE, des entités adjudicatrices centrales sont établies de longue date, qui ont pour tâche d'acquérir des prestations pour une pluralité d'entités adjudicatrices. Le contrat-cadre est l'instrument du choix. Pour l'achat de grandes quantités, ces procédures ont contribué (et contribuent encore) à l'amélioration du jeu de la concurrence et à la rationalisation des marchés publics. Il est hors de question de se passer d'accords-cadres notamment en matière d'achat et de distribution de médicaments.

En droit communautaire, le terme de contrat-cadre a été introduit dans les directives 2004/17/CE (art. 14 et 29) et 2004/18/CE (art. 32). Largement répandu et considéré comme une méthode d'approvisionnement efficace dans l'Europe entière, cet instrument est également prévu dans les nouvelles directives 2014/24/UE (art. 33) et 2014/25/UE (art. 51).

Al. 1

La conclusion d'un contrat-cadre avec un ou plusieurs soumissionnaires ne fait pas l'objet d'une procédure particulière. Ce sont les procédures générales qui s'appliquent

¹⁰¹ Voir le jugement rendu par le Tribunal cantonal de Zurich le 24 mai 2012, n° LK020010, confirmé par l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_397/2012 du 11 janvier 2013.

¹⁰² Voir les explications données par la Commission européenne sur le dialogue concurrentiel dans la directive classique 2004/18/CE, p. 9 s.

aux appels d'offres et à la conclusion d'un contrat-cadre. Il en va de même des principes généraux de la procédure d'adjudication (cf. art. 13 AP-LMP), auxquels il faut veiller à la fois pour la conclusion du contrat-cadre et (à l'exception des dispositions relatives à la protection juridique) pour l'attribution individuelle des prestations.

La teneur et le volume de chaque marché subséquent ainsi que la procédure qui conduit à son adjudication dépendent directement du contrat-cadre et de sa densité réglementaire. Si toutes les conditions ont été fixées dès le stade du contrat-cadre, ces mêmes conditions s'appliquent au marché subséquent qui repose sur lui. Les prestations doivent être détaillées dans le marché subséquent. Celui-ci ne mentionnera plus, en général, que les quantités à livrer, les délais et, le cas échéant, des conditions commerciales particulières (rabais).

L'allusion aux effets de la concurrence fait référence à l'art XV:7 AMP 2012. C'est ainsi qu'il serait inadmissible de conclure un contrat-cadre «pour couvrir les besoins en informatique de l'administration fédérale durant les années 2013 à 2017». Ce serait soustraire au jeu de la concurrence, pour des années, un nombre considérable de marchés objectivement distincts. Un contrat-cadre doit en toute circonstance être retreint à un marché subséquent. Les prestations doivent être décrites en termes suffisants. Un contrat-cadre ne saurait se substituer à une description lacunaire des prestations.

Si l'appel d'offres exige des prix unitaires, l'adjudicateur prévoit une grille quantitative optionnelle à partir de laquelle est calculé (multiplié par les prix unitaires) un prix global approximatif. Une solution de rechange consiste à prévoir un prix global pour toutes les prestations sous un contrat-cadre.

Le prix global constitue la base de l'adjudication et doit être publié conformément aux dispositions de l'art. 50 AP-LMP. En l'absence d'autres ententes, ni le prix global ni une grille quantitative ne fondent l'obligation pour l'adjudicateur de recourir aux prestations proposées sous couvert d'un contrat-cadre. Si la durée prévue est atteinte (option incluse), les prestations devront faire l'objet d'un nouvel appel d'offres.

Al. 2

A l'art. 15a, al. 1, OMP, la durée contractuelle en cas de prestations répétitives est limitée à cinq ans, la Commission de recours en matière de marchés publics ayant en effet relevé¹⁰³ que le législateur fédéral n'avait manifestement pas pris la mesure de la problématique posée par des contrats de (trop) longue durée, ce qui expliquait qu'il n'ait pas prévu de réglementation à ce sujet dans la LMP¹⁰⁴. Une limitation est recevable également pour des contrats-cadres qui, typiquement, s'inscrivent dans la durée.

Par conséquent, un contrat-cadre portant sur une prestation censée couvrir un besoin permanent ou durable de l'autorité adjudicatrice ne peut être conclu que pour une durée limitée. Les prestations devront faire l'objet de nouveaux appels d'offres à intervalles réguliers. Conformément à la formule de calcul évoquée à l'art. 17, al. 6, AP-LMP et en référence à la réglementation propre à l'UE, la durée d'un contrat-cadre ne doit pas dépasser quatre ans. Une prolongation automatique n'est pas autorisée. Un contrat-cadre d'une durée indéterminée, impossible à résilier des années durant, procure à l'adjudicataire un avantage concurrentiel qui peut restreindre l'accès de ses concurrents au marché et donc fausser le libre jeu de la concurrence. De ce fait, une durée contractuelle plus longue ne saurait être prévue qu'à titre exceptionnel.

¹⁰³ Cf. CRM 2000-007 du 3 novembre 2000, consid. 3, let. c/ii.

¹⁰⁴ Voir aussi le rapport explicatif du DFF du 1^{er} janvier 2010, p. 9 s.

Une exception à cette durée maximale de quatre ans serait justifiée, par ex. si, en raison de la complexité de l'objet des prestations, de l'importance des investissements initiaux à consentir ou des connaissances et aptitudes particulières à posséder par le soumissionnaire et vouées à perte en cas de changement de prestataire, une durée contractuelle plus longue se traduirait par des gains d'efficacité. Ce serait le cas, par exemple, pour l'achat de marchandises dont l'entretien et la maintenance devraient être assurés par le fabricant ou une société spécialement chargée de le faire. Ou encore en présence de contrats-cadre avec un organe de révision ou des experts en prévoyance professionnelle, qui, s'il s'agit d'une institution de prévoyance importante, demandent en tout cas jusqu'à une année d'initiation. Une durée contractuelle plus longue serait justifiée également si plusieurs contrats-cadres étaient attribués et s'il subsistait entre les soumissionnaires, par le biais d'une procédure d'appel d'offres, une concurrence résiduelle.

Par ailleurs, le contrat-cadre est prorogé de la durée des marchés subséquents conclus sous ce contrat-cadre. Toutefois, il faut veiller, lors de la conclusion de tels marchés subséquents, à ce que la durée maximale de quatre ans ne soit dépassée qu'en présence des cas exceptionnels visés plus haut.

Al. 3

Lorsqu'un contrat-cadre est conclu avec un seul soumissionnaire, l'adjudication du marché obéit toujours aux conditions fixées dans le contrat-cadre en question. L'adjudicateur peut, si ces conditions n'ont pas été fixées à l'avance, demander par écrit au soumissionnaire de compléter son offre. Sauf nouvel appel d'offres, les prestations ne peuvent être modifiées ni étendues dans des proportions importantes.

Al. 4

Lorsqu'un adjudicateur conclut des contrats-cadres avec plusieurs soumissionnaires (par ex. pour des raisons tenant à ses besoins en ressources, à la sécurité de l'approvisionnement, à la nécessité d'éviter toute dépendance de tel ou tel soumissionnaire, d'abaisser les coûts de transaction ou pour d'autres «raisons suffisantes»), il peut, en vue de la passation du marché subséquent, relancer la concurrence selon la procédure d'adjudication prévue à l'al. 4. Cette procédure fixe des conditions concrètes, par ex. en cas de prestations relevant d'un contrat d'entreprise (let. a). Il y a lieu de respecter en toute circonstance les principes généraux et notamment celui du caractère économique de l'achat.

A titre de solution de rechange, les prestations peuvent être révoquées sans consultation des cocontractants, à l'aide des critères fixés dans le contrat-cadre. Cela peut se justifier par exemple pour de petits volumes d'achat, compte tenu des frais de transaction. Ces passations directes obligent elles aussi à observer les principes généraux d'égalité de traitement, de transparence, de rentabilité et de concurrence entre soumissionnaires. Les critères doivent être communiqués en toute transparence et appliqués de façon égalitaire.

Le principe de l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 43 AP-LMP) peut s'appliquer aussi lors de la conclusion de plusieurs contrats-cadre, dès lors que l'ensemble des circonstances permet de juger de ce qui est «économiquement le plus avantageux»: utilisés à bon escient, les contrats-cadre font baisser les frais de transaction et gagner du temps, ce qui rentabilise d'autant l'achat. La procédure d'adjudication garantit en outre que l'offre économiquement la plus avantageuse obtiendra le marché subséquent.

Si les parties au contrat-cadre n'acceptent pas les décisions prises dans le cadre de la procédure d'adjudication, elles peuvent saisir une cour civile. Les voies de recours visées à l'art. 54 s. AP-LMP leur sont fermées.

Chapitre 5 Exigences de l'adjudication

Tant l'AMP 1994 que l'AMP 2012 emploient toute une série de termes qui se recourent pour définir les exigences à remplir sur les plans personnel, formel et objectif dans le cadre d'un appel d'offres public («conditions de participation», «critères d'aptitude», «critères d'adjudication», «spécifications techniques», «exigences de forme», «aptitude des soumissionnaires», «critères de sélection», «critères d'évaluation» et «critères d'adjudication»). Le présent projet resserre et clarifie ces termes, étant précisé que les trois expressions consacrées dans le droit en vigueur, à savoir «critères d'aptitude», «spécifications techniques» et «critères d'adjudication» servent de fil directeur. En outre, la définition de conditions de participation formalisées a fait ses preuves dans la pratique. Les exigences de forme et les listes de soumissionnaires qualifiés sont régies par des dispositions spéciales.

Les conditions de participation, les critères d'aptitude, les listes, les systèmes d'enregistrement, les spécifications techniques et autres critères d'adjudication ne sauraient être choisis dans l'intention ou à l'effet d'entraver l'accès au marché et de créer des obstacles inutiles au commerce international.

Alors que les critères d'aptitude font référence aux aptitudes et aux qualités des soumissionnaires, les spécifications techniques et les critères d'adjudication portent toujours sur les offres. Lorsqu'un soumissionnaire satisfait aux critères d'aptitude et que son offre répond aux spécifications techniques, l'adjudicateur examine si, et dans quelle mesure, cette offre remplit les critères d'adjudication subséquents à la prestation demandée.

Dès 2010, le Conseil fédéral a professé sa foi dans des achats durables¹⁰⁵; c'est donc tout naturellement qu'il est fait mention de l'idée de durabilité ou, plus exactement, de développement durable à l'art. 27, al. 2, OMP. Par analogie, les cantons ont repris le «développement durable» sur la liste des critères d'adjudication pertinents (art. 32, al. 1, DEMP).

Une évolution similaire se dessine au niveau européen. Dans son Livre vert du 27 janvier 2011 sur la modernisation de la politique de l'Union européenne en matière de marchés publics, la Commission 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»¹⁰⁶.

L'art. IX:1 à 3 AMP 2012, crée une base en vue de la gestion de systèmes d'enregistrement. Il s'agit par là d'abaisser les coûts de transaction sans entraver l'accès au marché. La disposition relative aux listes de soumissionnaires qualifiés a été élaborée

¹⁰⁵ Voir le rapport explicatif du DFF du 1^{er} janvier 2010, p. 21.

¹⁰⁶ Livre vert de la Commission européenne du 27 janvier 2011 sur la modernisation de la politique de l'Union européenne en matière de marchés publics. Vers un marché européen des contrats publics plus performant, p. 5.

traver l'accès au marché. Il s'agit ainsi d'empêcher que se nouent des liens de plusieurs années entre adjudicateurs et soumissionnaires. La demande de références d'autres adjudicateurs reste autorisée (cf. art. VIII:2, let. b, AMP 2012). Cela étant, les marchés comparables passés par des adjudicateurs privés ou publics doivent être admis à titre de référence.

Le Tribunal fédéral juge licite par principe d'utiliser les références comme critère d'aptitude mais aussi comme critère d'adjudication (par ex. exiger deux références pour les critères d'aptitude et, pour des références supplémentaires, attribuer des points pour les critères d'adjudication). Par ailleurs, il est illicite de se procurer des références qui ne proviennent *pas* du soumissionnaire. Mais si une telle référence vise à désavantager le soumissionnaire concerné, celui-ci doit pouvoir s'exprimer à ce sujet (droit d'être entendu)¹⁰⁷.

Art. 32 **Listes**

L'AMP 2012 prévoit à l'art. IX:7 à 13 une «liste à utilisation multiple». Ces listes servent à faciliter le déroulement d'un appel d'offres en ce sens qu'elles évitent de devoir vérifier l'aptitude d'un soumissionnaire à chaque fois. En même temps, les listes recèlent un risque, qui est de privilégier les soumissionnaires qui y sont inscrits. Il convient de bien peser ces deux aspects. On peut obtenir des gains d'efficacité similaires en instaurant des profils de soumissionnaire sur la plateforme électronique simap.ch. Mais là encore, il faut s'assurer que les indications qui y figurent soient constamment à jour et que les soumissionnaires dépourvus de profil ne soient pas désavantagés.

Al. 1 et 2

L'al. 1 précise l'art. 19 AP-LMP et laisse aux adjudicateurs la possibilité de tenir une liste de soumissionnaires qualifiés. L'exigence de transparence s'y applique: les indications à publier à propos des listes sont détaillées à l'al. 2. L'admission de nouveaux soumissionnaires justifiant des exigences requises doit intervenir dans un «délai raisonnablement court» (art. IX:10 AMP 2012). La publication a lieu à intervalles réguliers sur la plateforme électronique 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. L'accès aux contenus d'une liste est régi par la loi sur la transparence.

Al. 3

Par souci d'assurance qualité, il y a lieu de prévoir une procédure garantissant à tout moment l'inscription d'un soumissionnaire et la vérification de son aptitude. Cette procédure doit pouvoir être menée non seulement lors du dépôt de la demande mais à tout moment, et entraîner si nécessaire l'exclusion de soumissionnaires.

Al. 4

Qu'ils soient inscrits ou non sur une liste, tous les soumissionnaires doivent avoir la possibilité de prouver par des preuves individuelles leur aptitude à participer à un appel d'offres concret.

Al. 5

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

¹⁰⁷ Cf. ATF 139 II 449, consid. 3.2 s.

Art. 33

Critères d'adjudication

Al. 1

L'al. 1 instaure entre autres la notion d'évaluation du cycle de vie. Les coûts du cycle de vie sont un terme générique qui englobe les coûts de fabrication, d'exploitation et d'élimination. Dans le sens de l'art. 21, al. 1, LMP, il énumère une série non exhaustive de critères d'adjudication possibles, dont certains sont qualifiables d'objectifs secondaires. Leur prise en considération ne saurait conduire à une discrimination déguisée de tel ou tel soumissionnaire.

Le critère du «développement durable» intègre trois dimensions, qui sont l'économicité, l'environnement et le social. L'aspect de la compatibilité environnementale, par exemple, peut inclure des paramètres tels que la pollution de l'eau, des sols et de l'air. L'aspect de la compatibilité sociale permet entre autres de prendre en considération l'emploi de personnes atteintes dans leur santé, sous réserve que ces emplois aient un lien avec le marché concret. Les recommandations «Achats durables»¹⁰⁸ informent les entités adjudicatrices de la Confédération de la façon dont les préoccupations écologiques et sociales peuvent être prises en compte.

En présence d'adjudications faisant référence à des personnes (experts, organe de révision, par ex.), les présentations faites par les soumissionnaires peuvent également constituer des critères d'adjudication admissibles, pour autant que les aspects tels que le prix et la qualité soit dûment pris en considération.

Al. 2

La possibilité de prise en compte de la formation des apprentis comme critère d'adjudication existe déjà dans le droit en vigueur (art. 21, al. 1, LMP). Il s'agit d'un critère potestatif instauré suite à une initiative parlementaire¹⁰⁹. Il est laissé comme il se doit à l'appréciation de l'adjudicateur et obéit au principe de l'égalité de traitement. Le nombre de places de formation doit être mis en relation avec le nombre total d'emplois des soumissionnaires concernés ayant leur siège ou une succursale en Suisse. Il s'agit là de chiffres relatifs et non de chiffres absolus¹¹⁰.

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 qui s'y rapportent (y compris le dossier d'offre en cas de procédure sur invitation). En présence d'appels d'offres fonctionnels (notamment par la voie du dialogue), 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, il ne serait pas pratique de demander par avance à l'adjudicateur de pondérer les critères d'adjudication. Ce genre de marché a justement pour caractéristique que l'adjudicateur précise uniquement l'objectif mais ne connaît peut-être pas ou, sciemment, ne veut pas indiquer la voie qui y mène. L'incertitude qui pèse sur les contenus possibles de l'offre ne permet pas de pondérer correctement les critères par avance. Il appartient à l'adjudicateur de fixer

¹⁰⁸ DFF/OFCL/CA, Recommandations en faveur d'achats durables au sein de la Confédération, Berne, 2014. Téléchargeable sur: <https://www.bkb.admin.ch/bkb/fr/home/hilfsmittel/merkblaetter.html> (état au 20 février 2015).

¹⁰⁹ 03.445 Initiative parlementaire, Marchés publics. La formation des apprentis constituerait un critère de sélection (N, 2 juin 2003, Lustenberger).

¹¹⁰ Cf. ATF 2P.242/2006 du 18 mars 2007, consid. 4.2.1 ss.

par avance l'ordre des critères et d'en préciser l'évaluation de manière compréhensible.

Art. 34 Spécifications techniques

Al. 1

L'AMP 2012 dispose que les adjudicateurs n'établissent, n'adoptent ni n'appliquent de spécifications techniques ni ne prescrivent de procédures d'évaluation de la conformité ayant pour but ou pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international (art. X:1 AMP 2012). En outre, il contient une énumération non exhaustive des exigences qui comptent parmi les spécifications techniques (art. I, let. u, AMP 2012).

Al. 2

En concordance à la fois avec l'art. VI:2 AMP 1994 et avec l'art. X:2 AMP 2012, l'adjudicateur définit les spécifications techniques en termes de performances et d'exigences fonctionnelles en se fondant sur des normes internationales ou d'autres documents normatifs, sur des prescriptions techniques appliquées en Suisse, des normes nationales reconnues ainsi que les recommandations en usage dans la branche. D'autres documents normatifs faisant office de normes techniques consistent, par ex., en les documents européens d'évaluation des produits de construction au sens de la LPCo¹¹¹. Doivent être considérées comme applicables les normes ou documents normatifs internationaux au sens de la présente disposition dès lors qu'ils ont été désignés conformément aux prescriptions techniques en vigueur en Suisse.

L'al. 3 reprend la *clause du produit* prévue à l'art. VI:3 AMP 1994 et à l'art. X:4 AMP 2012, ainsi qu'à l'art. 16a, al. 4, OPM et au § 15 DEMP. Par principe, il est contraire au droit régissant les marchés publics de citer dans la description de la prestation une marque de fabrique ou de commerce ou un nom commercial, un brevet, un droit d'auteur, un modèle, un type, ou encore des exigences quant à une origine déterminée ou un producteur déterminé. Une exception est admise lorsqu'une prestation ne peut être décrite autrement, d'une manière suffisamment précise et compréhensible. C'est ce qui se produit dans la pratique, raison pour laquelle une interdiction stricte est impossible à faire respecter. L'adjudicateur ne peut toutefois recourir à une fiche de données concernant un produit déterminé que si les exigences techniques sont formulées en des termes à ce point généraux qu'un autre produit puisse y satisfaire. Si, exceptionnellement, l'adjudicateur exige la mention de spécifications techniques qui s'alignent sur des produits ou des services de soumissionnaires déterminés, il lui incombe d'admettre des produits ou des services concurrents dès lors qu'il est prouvé qu'ils satisfont aux exigences requises. Il doit faire allusion à cette possibilité dans les documents d'appel d'offres en utilisant une formule telle que «ou équivalent»¹¹².

Al. 4

Conformément à l'art. X:6 AMP 2012, l'al. 4 évoque séparément les spécifications techniques destinées à encourager la préservation des ressources naturelles ou à protéger l'environnement, sous réserve des restrictions visées à l'art. 3 (cf. art. X:1 à 5, AMP 2012); il ne doit en particulier pas donner lieu à du protectionnisme ou produire

¹¹¹ Loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les produits de construction, RS 933.0.

¹¹² Voir le rapport explicatif du DFF du 1^{er} janvier 2010 concernant l'art. 16a, al. 4, OPM, p. 11.

d'autres effets défavorables au commerce. Outre l'interdiction générale de discrimination (art. IV AMP 2012), il convient d'observer les dispositions de l'art. XXII:6 à 8, AMP 2012 (pas de nouvelles mesures discriminatoires ou suppression de mesures discriminatoires existantes [stand still], teneur des futures négociations et mise en œuvre du programme de travail sur le développement durable de l'AMP 2012). En outre, la formulation des spécifications techniques ne saurait, de façon déguisée, fausser le jeu de la concurrence.

Art. 35 **Consortiums et sous-traitants**

Al. 1

Comme c'était déjà le cas dans le droit en vigueur (art. 21 OMP), les consortiums sont en principe admis. Tout comme les sous-traitants qui fournissent des services importants, ils doivent toujours faire l'objet d'une publication. Toutefois, les soumissionnaires ne peuvent invoquer (notamment en justice) un droit quelconque à constituer un tel consortium; l'adjudicateur dispose à cet égard d'une large marge d'appréciation. Les prestations à acheter sont souvent proposées d'une seule main.

Al. 2

Le droit des marchés publics est censé permettre des achats économiques et neutres en termes de concurrence. Il ne sert pas à favoriser tel ou tel secteur économique ni telle ou telle forme d'organisation. Si les circonstances le justifient, la participation de consortiums peut être limitée ou même exclue. Cette exclusion est justifiée notamment lorsqu'un travail de coordination excessif menace l'objet du marché ou génère des coûts de transaction inutiles.

Ce sont des considérations similaires qui guident l'admission ou l'exclusion de sous-traitants. Dès l'examen des critères d'aptitude, l'adjudicateur pourrait se trouver confronté à des difficultés en présence d'un grand nombre de sous-traitants (sachant que, dans certaines circonstances, les sous-traitants ne sont pas tenus de satisfaire à tous les critères d'aptitude). Si l'exclusion portait à la fois sur les consortiums et les sous-traitants, elle nécessiterait une motivation qualifiée. A l'inverse, l'admission de sous-traitants équilibrerait l'exclusion de consortiums.

Al. 3

Les participations multiples de sous-traitants sont indésirables au regard du droit de la concurrence. Elles peuvent faciliter une collusion entre soumissionnaires, sans compter qu'elles peuvent aussi neutraliser une partie – parfois déterminante – des offres au regard du droit des marchés publics. Ce qui affaiblit d'autant la concurrence entre soumissionnaires et requiert un motif suffisant (par ex. connaissances et expériences particulières, droits de propriété intellectuelle ou contrats d'entreprise totale ou générale) pour admettre des participations multiples.

Al. 4

Cette disposition entend exclure les offres de soumissionnaires «virtuels» qui n'assument aucune tâche, sinon périphérique. L'intervention de tels soumissionnaires à titre d'intermédiaires agissant surtout à titre de «prête-nom» se traduit forcément par des coûts supplémentaires. Les adjudicateurs doivent se procurer les prestations désirées directement auprès des fournisseurs, sauf à déroger à ce principe pour des raisons dûment fondées. Le contenu caractéristique de la prestation est déterminé par l'appel d'offres.

Art. 36 **Lots et prestations partielles**

Al. 1

Les lots et prestations partielles ne doivent pas servir à fractionner un marché ni à échapper à l'application de valeurs seuils (art. II:6 AMP 2012), le principe étant qu'un soumissionnaire doit proposer la totalité des prestations demandées dans l'appel d'offres. Les offres partielles portant sur des prestations isolées ne seront pas prises en considération.

Al. 2

Une prestation peut être adjugée de façon globale ou par lots, à la libre appréciation de l'adjudicateur. Un groupage peut apporter un avantage de prix, tandis qu'une soumission par lots favorise le jeu de la concurrence et accroît notamment les chances des PME de pouvoir participer à des marchés de grande ampleur.

Les soumissionnaires n'ont aucun droit de dégroupage. Cela étant, un dégroupage peut être recommandable pour des raisons de délai ou pour prévenir des dépendances. On peut constituer des lots en fonction d'aspects géographiques (par ex. pour la Suisse orientale et la Suisse romande), objectifs (travaux de peinture, de plâtrage), quantitatifs ou temporels. Chaque lot fait l'objet d'une évaluation et d'une adjudication distinctes en application du principe selon lequel une division de la prestation globale en lots ne saurait faire en sorte de contourner le type de procédure déterminant.

Chaque lot est donc adjugé séparément. Les soumissionnaires peuvent présenter une offre pour certains lots ou pour tous. Les documents d'appel d'offres peuvent toutefois restreindre le nombre de lots par soumissionnaire.

Al. 3

Les soumissionnaires sont libres de présenter une offre pour un ou plusieurs lots. Cette liberté de choix peut être restreinte. C'est ainsi qu'un adjudicateur peut décider (par ex. pour éviter des relations de dépendance) que chaque lot sera attribué à un autre soumissionnaire ou qu'un soumissionnaire n'aura droit qu'à un nombre déterminé de lots. Cette restriction du libre choix ne saurait toutefois être prétexte à favoriser des soumissionnaires ou des groupes de soumissionnaires.

Al. 4 et 5

Le dégroupage des prestations implique un besoin de coordination des interfaces. Si l'adjudicateur entend amener les différents adjudicataires à collaborer à la fourniture des prestations, il en fait état 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, quand bien même une offre globale serait soumise (al. 5).

Art. 37 **Variantes**

Al. 1

Cette disposition correspond à l'actuel art. 22a, al. 1, OMP. Les variantes dites d'entreprise présentent des avantages comme des inconvénients. D'un côté, elles ouvrent la voie à des solutions meilleures que celles qui sont définies dans l'appel d'offres. De l'autre, elles rendent difficile la comparaison des diverses offres en présence et ont pour effet d'accroître les frais de transaction inhérents à un appel d'offres. Aussi l'adjudicateur a-t-il la possibilité de restreindre les variantes d'entreprise (par ex. à un domaine unique) ou de les exclure totalement, sans avoir à motiver sa décision. A

défaut de restriction ou d'exclusion, les propositions de variantes sont licites. Il n'en faut pas moins soumettre en tout cas une «variante officielle».

Al. 2

Une variante n'a pas pour but de créer une prestation autre que celle faisant l'objet de l'appel d'offres. Elle permet au contraire de viser une solution différente. Elle implique toujours une dérogation matérielle et liée aux prestations par rapport aux conditions de l'appel d'offres tout en restant équivalente, sur le plan fonctionnel, à l'objet du marché. Si elle se situe en dehors de l'objet de la prestation telle que décrite, elle est sans conséquence. L'al. 2 reprend la réglementation de l'art. 22a, al. 2, OMP. En présence de différences dans les types de prix, il devient très difficile de comparer les offres. «Si un soumissionnaire se contente d'opter pour un autre mode de calcul du prix (par ex. un prix global au lieu d'un prix unitaire), il ne s'agit pas d'une variante mais d'une offre contraire aux règles de l'appel d'offres. Les adjudicateurs demeurent bien entendu libres de décrire la «proposition officielle» de manière suffisamment ouverte en ce qui concerne le mode de calcul du prix pour autoriser différents modes de calcul»¹¹³. L'important étant que les diverses offres soient comparables et évaluable.

Art. 38 Exigences de forme

Les offres doivent toujours être présentées par écrit (art. XV:4 AMP 2012). La loi autorise une remise par voie électronique, pour autant que l'offre permette d'identifier le soumissionnaire de façon incontestable. Les exigences de forme, notamment en ce qui concerne le respect du délai de remise des offres et l'exhaustivité du dossier, sont à définir dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres.

L'inobservation des exigences de forme peut entraîner l'exclusion d'une offre ou l'invalidité de la procédure d'adjudication. Toutefois, il ne suffit pas de commettre n'importe quelle irrégularité pour faire l'objet d'une telle sanction. Pour des raisons de proportionnalité, il est justifié et même nécessaire de s'abstenir de l'exclusion d'une offre ou de la nullité de la procédure lorsque le vice de forme constaté est insignifiant et que le but poursuivi par l'exigence de forme n'est pas sérieusement remis en cause (interdiction de formalisme excessif)¹¹⁴.

Chapitre 6 Déroulement de la procédure d'adjudication

Art. 39 Contenu de l'appel d'offres

Cet article concrétise les exigences de l'art. VII:2 et 3 AMP 2012 quant au contenu minimal de l'appel d'offres public. Dès lors qu'une indication est soumise à publication, la publication s'impose aussi à sa rectification. Cette disposition correspond à l'ancienne annexe 4 à l'OMP (indications minimales pour les appels d'offres publics en procédure ouverte ou sélective).

¹¹³ Voir le rapport explicatif du DFF du 1^{er} janvier 2010 concernant l'art. 22a, al. 2 OMP, p. 15.

¹¹⁴ Cf. ATF 2D_50/2009 du 25 février 2010, consid. 2.4.

Let. g: Pour les achats de la Confédération, l'ouverture des offres n'est généralement pas publique. Il existe néanmoins des cas dans lesquels l'ouverture des offres est publique. La marge de manœuvre laissée aux entités adjudicatrices ne doit pas être restreinte.

Art. 41 Ouverture des offres

Al. 1

Une fois réceptionnées, les offres sont ouvertes selon une procédure formalisée pour vérifier qu'elles sont complètes et empêcher ainsi, dans l'intérêt d'une égalité de traitement de tous les soumissionnaires, des améliorations interdites des offres. La tradition cantonale d'ouverture publique des offres ne s'est pas imposée au niveau fédéral, et ce, pour deux raisons: d'une part, la Confédération usait déjà par le passé de la possibilité de négocier les offres. Si les soumissionnaires connaissent les offres de leurs concurrents, cela nuit à une négociation efficace. D'autre part, l'ouverture publique des offres recèle le risque d'un échange de prix entre soumissionnaires, ce qui est une pratique indésirable au regard du droit de la concurrence puisqu'elle favorise les ententes sur les futurs appels d'offres.

Al. 2

Après ouverture, les offres sont consignées dans un procès-verbal, consistant à les examiner d'une façon purement formelle et à conserver les indications qui y figurent. Aucune remarque sur le fond ne doit être formulée dans le procès-verbal d'ouverture, qui est ensuite versé au dossier d'adjudication. Il est accessible en vertu de la loi sur la transparence, étant entendu qu'il y aurait lieu de protéger d'éventuels secrets d'affaires et autres informations confidentielles des soumissionnaires. Le procès-verbal ne peut être remis qu'une fois que l'adjudication a fait l'objet d'une décision définitive.

Art. 42 Examen et évaluation des offres

Al. 1

Les al. 1 et 2 sont largement conformes au droit en vigueur et regroupent les principes énoncés à l'art. 25 OMP et au § 28 DEMP.

On vérifie tout d'abord si les offres respectent les exigences de forme (remise dans le délai imparti, exhaustivité, signatures, etc.). Elles font, si nécessaire, l'objet de rectifications techniques et arithmétiques puis sont examinées par rapport aux critères d'aptitude et d'adjudication. Il y a lieu ensuite de dresser un tableau comparatif des offres, censé former la base de la décision d'adjudication.

Les erreurs de calcul manifestes sont à corriger d'office (al. 1). Autrement dit, ces erreurs ne s'opposent pas à la prise en considération de l'offre. L'offre corrigée doit être retenue dans l'évaluation. Le terme employé ici d'«erreur de calcul» correspond à celui figurant à l'art. 24, al. 3, CO. Il s'agit donc d'une opération arithmétique erronée concernant des paramètres correctement reportés dans l'offre. C'est le cas lorsque, par ex., une livraison de 1000 m³ à 2 francs le m³ est proposée à 200 francs au lieu de 2000. Une telle erreur doit être corrigée et ne compromet nullement la validité de l'offre. Par contre, il faut distinguer clairement de ce type d'erreur de calcul manifeste les erreurs intentionnelles ou commises par négligence (telles que la fourniture d'une qualité de béton déterminée à 150 francs au lieu de 250, sous prétexte que les coûts de transport ont été «oubliés» dans le calcul) ou encore les erreurs de déclaration de

prix du soumissionnaire (par ex. fourniture de bois équarri à 35 francs le m³ départ scierie au lieu de 350 francs). Dans ces cas-là, toute rectification est illicite.

L'examen et l'évaluation des offres sont consignés par écrit dans la pratique, ce qui satisfait à l'exigence de transparence et révèle, par exemple en cas de vérification ultérieure, les raisons expliquant l'adjudication concrète du marché. Les détails sont réglés dans l'ordonnance.

Al. 2

La rectification des offres vise à garantir leur comparabilité, notamment en ce qui concerne les indications faisant référence au rapport prix-prestation. Elle se borne en principe à corriger des erreurs involontaires et ne saurait conduire à modifier les offres ou à «embellir» certains vices de forme (hormis les erreurs de calcul)¹¹⁶.

Il incombe à l'adjudicateur, selon son devoir d'appréciation, de décider comment rectifier les offres tout en respectant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires. Si une telle rectification s'impose dans l'intérêt d'une comparabilité objective des offres, il conviendra d'en garder la trace pour en reconstituer tant la chronologie que la teneur.

Al. 3

Cette disposition puise son fondement dans l'art. XV:6 AMP 2012 et existe déjà dans le droit en vigueur (art. 25, al. 4, OMP). Elle autorise l'adjudicateur, s'il reçoit une offre dont le prix est anormalement bas, à demander au soumissionnaire s'il a bien compris les conditions de participation et les modalités du marché. Faute pour le soumissionnaire de garantir le respect de ces conditions, à toute le moins de manière convaincante, et de balayer des doutes éventuels quant à l'exécution correcte du marché, son offre pourra être exclue (cf. art. 46, let. a, AP-LMP).

Une offre dont le prix est anormalement bas ne pose en soi aucun problème au regard du droit régissant les marchés publics. Sont illicites, par contre, les offres déloyales au sens de la LCD. Une offre est dite déloyale lorsqu'une entreprise couvre l'écart par rapport au prix coûtant en recourant à des moyens illégaux, par ex. en enfreignant des conventions collectives de travail ou en réalisant des économies résultant de fraudes fiscales. L'exclusion d'une offre anormalement basse peut en outre s'imposer si le passage de prix unitaires à des prix forfaitaires expose les pouvoirs publics à un risque considérable quant à l'adjudication du marché. L'exclusion d'un soumissionnaire est justifiée également lorsque des investigations poussées révèlent que le soumissionnaire est effectivement incapable de fournir les prestations demandées au prix proposé ou de remplir les modalités du marché. En revanche, il serait illicite de faire valoir de tels scrupules en termes de qualité lors de l'évaluation du prix, à seule fin d'éviter une adjudication indésirable¹¹⁷.

Al. 4

L'évaluation des offres doit obéir aux critères d'adjudication indiqués dans l'appel d'offres ou les documents d'appel d'offres. Pour faciliter la comparaison des offres en présence, il convient de consigner les résultats de l'examen dans une matrice d'évaluation. En pratique, l'adjudicateur dispose d'une marge d'appréciation considérable à la fois pour établir cette matrice et pour évaluer les critères¹¹⁸.

Al. 5

¹¹⁶ Cf. ATF B-2675/2012 du 23 juillet 2012, consid. 4.

¹¹⁷ Cf. CRM 2003-032 du 15 juin 2004, consid. 2 ss.

¹¹⁸ Cf. ATF 2D_49/2011 du 25 septembre 2012, consid. 7.4.

En présence de projets d'acquisition complexes assortis d'un grand nombre de spécifications techniques et de critères d'adjudication, l'examen et l'évaluation des offres requièrent des moyens considérables. Il peut se révéler nécessaire d'effectuer des examens en laboratoire ou des tests sur le terrain, afin de pouvoir juger de propriétés particulières de la prestation. En application du principe de rentabilité, il doit être permis à l'adjudicateur, au terme d'un premier examen, de réduire le nombre des offres et de ne soumettre que les offres retenues à un examen et à une évaluation plus détaillés. Par souci d'égalité de traitement et de transparence, il est recommandé de faire part dès l'appel d'offres de l'application de cette norme et du nombre de soumissionnaires qui seront évalués jusqu'au terme de la procédure. Il faut s'assurer en tout cas que le jeu de la libre concurrence ne sera pas faussé malgré la réduction des offres.

Art. 43 Adjudication

Al. 1

Un principe cardinal de l'AMP veut que le marché soit adjugé à «la soumission la plus avantageuse» (art. XV:5, let. a, AMP 2012). Il est donc légitime, en droit des marchés publics, d'attribuer le marché au soumissionnaire qui a présenté l'offre la plus avantageuse économiquement¹¹⁹. Celle-ci se détermine en tenant compte de la qualité et du prix d'une prestation ainsi que d'autres critères en fonction de l'objet de la prestation en question. La prise en considération d'objectifs dits secondaires (comme l'utilisation efficiente des ressources et de l'énergie, la promotion de l'innovation, l'inclusion sociale) ne saurait cependant déboucher sur une discrimination déguisée ou le refus injustifié de l'accès au marché. Alors même que le souci de protection de l'environnement et les objectifs d'inclusion sociale gagnent en importance dans la pratique des adjudications, il faut se garder de sous-estimer leur potentiel discriminatoire.

Al. 2

Pour l'achat de bien largement standardisés, seul compte (en relation avec l'art. 21, al. 3 LMP) son prix. Les art. X:7, let. c, et XV:5, let. b, AMP 2012 autorisent l'évaluation d'offres sur le seul critère du prix. L'adjudicateur dispose à cet égard d'un pouvoir d'appréciation. En l'absence de critères d'adjudication, le marché sera attribué exclusivement sur la base du prix le plus bas.

L'importance prioritaire du prix comme norme générale n'est toutefois pas un principe absolu, même pour des biens standardisés. Si cela est nécessaire à une pratique d'achat s'inscrivant si possible dans le développement durable, le critère du prix peut, même pour des achats plus simples, être assorti d'une pondération tout à fait secondaire (par rapport aux autres critères d'adjudication déclarés applicables), à condition d'assurer l'utilisation économique des fonds publics au cas par cas, conformément à l'art 1, let. a, AP-LMP. L'importance du prix dépendra toujours du système d'évaluation appliqué.

Art. 44 Conclusion du contrat

Al. 1

L'adjudication d'un marché est une décision de droit public, alors que le contrat conclu après adjudication relève du droit privé. Quand bien même le soumissionnaire

¹¹⁹ Cf. ATF 2D_49/2011 du 25 septembre 2012, consid. 1.3.1.

ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse a droit à l'adjudication, il ne saurait prétendre à la conclusion du contrat. Cette dernière relève du bon vouloir de l'adjudicateur.

Cette disposition correspond pour l'essentiel à la réglementation de l'art. 22, al. 1, LMP, étant précisé expressément cette fois qu'il faut attendre l'expiration du délai de recours contre la décision d'adjudication: bien qu'un recours éventuel n'ait pas d'office un effet suspensif, le contrat d'achat ne peut être conclu qu'à l'expiration du délai de recours ou qu'après le rejet d'une demande d'octroi de l'effet suspensif¹²⁰. Vu les délais de transmission d'une telle demande et de décision par le tribunal compétent, il faut compter en pratique avec une période d'interruption de la procédure de 25 jours. Cette période peut durer un peu plus longtemps si des soumissionnaires étrangers ont présenté des offres.

Un contrat d'achat conclu avant terme n'est pas automatiquement frappé de nullité en vertu des dispositions de l'art. 20 CO. Le droit des marchés publics, voué en premier lieu à l'activité de passation de marchés, ne prévoit aucune sanction aussi lourde. Le vice matériel réside non pas dans la conclusion prématurée du contrat mais dans une infraction éventuelle, à clarifier dans le cadre d'une procédure de recours, aux règles et principes du droit des marchés publics. Si l'issue de la procédure est favorable, il est concevable que le juge demande à l'adjudicateur de lancer si besoin un nouvel appel d'offres et de résilier le contrat conclu prématurément pour une date postérieure au nouvel appel d'offres, selon les règles de dénonciation propres à ce contrat.

L'adjudication de gré à gré d'un marché de plus de 150 000 francs, comme la décision d'adjudication, peut fait l'objet d'un recours en procédure ouverte et sélective, ou encore en procédure par invitation. Par conséquent, même dans une procédure de gré à gré, il faut attendre l'expiration du délai de recours pour conclure le contrat. Une adjudication peut être annulée après signature du contrat, sans pour autant, cela va de soi, remettre en question la validité du contrat en droit privé¹²¹.

Quant à 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. Sachant qu'au terme de la procédure d'adjudication, un contrat de droit privé sera conclu avec le soumissionnaire retenu, la collectivité ne saurait assumer une responsabilité générale de droit privé envers les soumissionnaires non pris en considération, et encore moins envers des tiers indirectement concernés¹²².

Al. 2

Si la demande d'octroi de l'effet suspensif est rejetée, le contrat peut être conclu sans autre formalité avec l'adjudicataire. Un recours éventuel contre la décision portant sur des mesures provisionnelles devant le Tribunal fédéral (recours qui, du reste, n'est possible qu'en invoquant la violation de droits constitutionnels et de questions d'une importance fondamentale au regard de la législation en matière de marchés publics¹²³) ne déploie aucun effet suspensif, faute de disposition légale. Toutefois, la conclusion du contrat doit être signalée au tribunal saisi, ce qui renvoie le recourant à la protection juridique dite secondaire (dommages-intérêts).

¹²⁰ Cf. ATF B-3402/2009 du 2 juillet 2009, consid. 7.1

¹²¹ Cf. ATF B-3402/2009 du 2 juillet 2009, consid. 7.2.

¹²² Cf. ATF 4A_397/2012 du 11 janvier 2013, consid. 2.2.

¹²³ Cf. art. 83, let. f, ch. 2, en relation avec l'art. 98 LTF.

Art. 45 Interruption de la procédure d'adjudication

Al. 1

Une procédure d'adjudication s'achève soit sur une décision d'adjudication, soit sur une décision d'interruption. Une interruption est possible pour des raisons suffisantes à tout stade de la procédure (art. XV:5 AMP 2012, art. 30 LMP). L'adjudicateur décide seul de la nécessité du marché; les motifs d'interruption énumérés à l'al. 2 sont donnés à titre d'exemple. Ce qui est déterminant, c'est que l'adjudicateur s'appuie sur des motifs objectifs suffisants et, en interrompant la procédure, ne vise ni à discriminer un soumissionnaire ni à entraver le jeu de la concurrence¹²⁴.

Dans la pratique, il est possible de se heurter à un excès de spécifications. Par conséquent, en plus des motifs évoqués à la let. b, une interruption est également licite lorsqu'aucune offre ne remplit les spécifications *ou* d'autres exigences. Même des modifications des conditions-cadres (let. c) et la possibilité qui en résulte d'obtenir une offre plus avantageuse justifient une interruption de la procédure; c'est le cas, par ex., lorsque l'adjudicateur a connaissance de techniques nouvelles en cours de procédure. Cela étant, une interruption est également possible en cas de modification importante des besoins (let. f) ou si les offres soumises dépassent nettement les coûts estimés (let. d).

En présence d'une décision d'interruption, les exigences quant à l'étendue de la motivation de l'adjudicateur sont un peu plus strictes que pour une décision d'adjudication: il doit en ressortir directement pour quelles raisons objectives l'adjudicateur interrompt la procédure et elle doit indiquer si cette interruption est définitive ou si une répétition de la procédure est envisagée¹²⁵.

Jusqu'ici, ni la LMP ni l'OMP ne prévoyait d'obligation de publication de l'interruption, mais cette publication n'était pas légalement exclue¹²⁶. Cette incertitude juridique est balayée en ce sens que l'interruption sera désormais publiée (art. 50, al. 1, AP-LMP). Il est possible de renoncer à une notification individuelle.

Al. 2

La décision de renoncer à une adjudication et d'interrompre la procédure ne peut pas être invoquée devant un tribunal. Les soumissionnaires n'ont aucun droit à se faire dédommager des débours qu'ils ont engagés dans la remise de leurs offres.

Art. 46 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). Toutefois, sa formulation était vague, se bornant, à titre d'exemple, à mentionner la faillite et de fausses déclarations. Dans l'AMP révisée (art. VIII:4 AMP 2012), la liste des faits motivant une exclusion de la procédure a été étendue. Elle inclut désormais

- a) la faillite,
- b) les 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,

¹²⁴ Cf. ATF 134 II 192, consid. 2.3 s.

¹²⁵ Cf. ATF 2449/2012 du 6 septembre 2012, consid. 4.2 ss.

¹²⁶ Cf. ATF B-2449/2012 du 6 septembre 2012, consid. 3.4.1.

- 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, ou
- f) le non-paiement d'impôts,

tout cela «preuves à l'appui». Le fait que l'adjudicateur puisse invoquer les expériences négatives datant de marchés antérieurs, de même que les résultats d'une enquête menée par la COMCO (ententes, collusion) constitue une innovation capitale de l'art. VIII:4 AMP 2012. Mais selon l'AMP 2012, une infraction contractuelle antérieure portant sur un point secondaire n'autorise pas à exclure le soumissionnaire, même si cette infraction a été commise à plusieurs reprises¹²⁷.

Les sanctions prises dans le cadre de l'adjudication de marchés publics ne se limitent pas à la possibilité d'exclure des soumissionnaires de la procédure. Un arsenal juridique efficace doit prévoir également la possibilité de radier un soumissionnaire d'une liste officielle et de révoquer un marché déjà adjugé. De même, il peut être recommandé, suivant le cas, d'interrompre l'appel d'offres en cours. L'art. 46 AP-LMP dresse une liste non exhaustive de faits justifiant une exclusion, une révocation de l'adjudication ou la suppression sur une liste. Sa formulation potestative suggère qu'un manquement du soumissionnaire à ses obligations n'a pas systématiquement de telles conséquences. Si, par exemple, la violation d'une prescription peut être qualifiée d'infraction mineure et corrigée sans délai, l'exclusion serait injustifiée. C'est ainsi que les contrôles portant sur l'égalité des salaires dans le domaine des marchés publics ménagent un seuil de tolérance de 5 % car on ne saurait exclure que certains des facteurs salariaux d'une entreprise n'aient pas été pris en compte lors du contrôle standardisé. Il s'agit par là d'éviter que l'entreprise soit sanctionnée à tort. Mais en présence d'un jugement prononcé pour délit grave, une exclusion devrait s'imposer (comme en témoigne l'art. 57, § 1, de la directive 24/2014/UE).

Let. d: Le caractère de gravité est propre au cas d'espèce. On recense ainsi, d'une part, la condamnation du soumissionnaire ou de ses organes pour un crime (contre n'importe quel tiers) entré en force de chose jugée et, d'autre part, un crime ou délit commis au préjudice de l'adjudicateur (let. b), autrement dit des cas qui n'ont pas encore donné lieu à un jugement définitif mais dans lesquels le soumissionnaire est bien le lésé au sens de l'art. 115 du code de procédure pénale (CPP)¹²⁸.

Let. h: Une partie des «dispositions relatives à la lutte contre la corruption» se trouve dans le code de procédure pénale (art. 322^{ter} ss CPP). Toutefois, la let. h a trait aussi à des normes de droit international et à des dispositions relevant du code civil qui ont pour objet la lutte contre la corruption – par exemple à titre de clause contractuelle à part entière ou d'élément des conditions générales. Les conséquences d'une violation de ces dispositions au regard du droit des marchés publics sont réglées sur la base d'une recommandation de l'OCDE¹²⁹.

Let. m: On recense en outre l'exécution incorrecte de marchés antérieurs (1^{er} membre de la phrase) ou encore au fait que le soumissionnaire a montré d'une autre manière qu'il n'était pas un partenaire fiable (2^e membre de la phrase). Il s'agit sur ce dernier point d'un état de fait de portée générale, dont l'application requiert une pesée soigneuse des intérêts en jeu. Les autres faits font appel eux aussi au respect des principes

¹²⁷ Cf. Stöckli/Beyeler, Neues GPA, neue Urteile, neue Tendenzen, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2012, Zurich 2012, p. 36.

¹²⁸ Code de procédure pénale du 5 octobre 2007, RS 312.0.

¹²⁹ Organisation de coopération et de développement économiques.

de proportionnalité et d'interdiction de formalisme excessif¹³⁰. C'est d'autant plus indiqué que l'adjudicateur, sur de simples présomptions, pourrait exclure un soumissionnaire de la procédure en cours, le supprimer de la liste ou révoquer un marché déjà adjugé. S'il a à apprécier des faits relevant d'une branche du droit dans laquelle il ne possède pas de connaissances particulières (par ex. violation de règles professionnelles reconnues, de dispositions sur le travail au noir ou ententes), il peut au besoin consulter les autorités compétentes.

L'exclusion d'un soumissionnaire de la procédure d'adjudication peut être suivie d'effet par notification individuelle ou, implicitement, par l'adjudication du marché à un autre soumissionnaire. La législation actuelle ne définit aucun droit à une notification individuelle¹³¹ et le nouveau droit n'y changera rien.

Art. 47 Sanctions

Si l'adjudicateur a enfreint de manière flagrante des dispositions du droit des marchés publics, il s'ensuit des enquêtes administratives et des mesures disciplinaires pour les personnes responsables. L'adjudicateur, pour sa part, a la possibilité de sanctionner un soumissionnaire qui a commis des actes illégaux.

Selon le principe de la légalité, les sanctions, dans une loi, obéissent à des exigences formelles. Un avertissement doit être adressé par écrit et constitue en général une réaction à une première infraction, sans entraîner de sanction plus grave.

Par ailleurs, l'application d'une sanction suppose une faute, sachant qu'une infraction par négligence (par ex. aux prescriptions en matière de protection des travailleurs) devrait suffire dans les cas les plus fréquents. Le soumissionnaire dispose alors des pourvois prévus par la loi (cf. art. 55, al. 1, let. g, AP-LMP). Lorsqu'il applique une mesure, l'adjudicateur se doit de tenir compte du principe de proportionnalité et de la gravité de l'infraction.

Al. 1

En cas d'infraction grave, l'adjudicateur peut adresser un avertissement au soumissionnaire fautif ou l'exclure d'adjudications futures, ces mesures étant applicables de façon isolée ou – si nécessaire – cumulative. Ces sanctions sont envisageables lorsqu'un soumissionnaire ou ses organes ont été condamnés pour un crime commis dans le cadre de l'exécution d'un marché public ou pour un crime ou un délit commis au préjudice de l'adjudicateur. Un avertissement ou une exclusion de futurs marchés publics est en outre possible si le soumissionnaire a contrevenu à la législation contre la corruption. Enfin, une infraction à des règles professionnelles reconnues (les normes SIA, par ex.) ou des actes portant atteinte à l'honneur ou à l'intégrité professionnels, de même que le non-respect d'obligations touchant au droit de regard des autorités (art. 18 AP-LMP), peuvent se traduire par un avertissement, voire une exclusion.

Il appartient à l'adjudicateur, selon son devoir d'appréciation, de prononcer une sanction ou non. Une exclusion de futurs marchés publics constitue une sanction lourde, généralement injustifiable pour une première infraction. En cas d'actes réitérés et graves, cette sanction peut être appropriée après un avertissement (le canton de Zurich, par ex., n'a connu ces onze dernières années que deux exclusions, l'une d'un an,

¹³⁰ Cf. ATF 2C_782/2012 du 10 janvier 2013, consid. 2.3.

¹³¹ Cf. CRM 2002-016 du 4 février 2003, consid. 1.

l'autre de cinq ans). Plus ou moins longue suivant la gravité de l'infraction, l'exclusion de futurs marchés publics est toujours restreinte à la personnalité juridique de l'adjudicateur. C'est ainsi que les entités adjudicatrices de la Confédération ne peuvent imposer aux CFF ou à la Poste quels sont les soumissionnaires à ne plus prendre en considération (et inversement).

Un soumissionnaire qui, ayant enfreint de manière grave et réitérée certaines dispositions relative au travail au noir, a été définitivement condamné à ce titre sera sanctionné en vertu de l'art. 13 LTN. Soit il sera 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 pourront être réduites pendant un certain temps, ce qui rend superflu dans la loi tout élément supplémentaire constitutif de sanction par suite d'infraction à la LTN.

Al. 2

Les possibilités de sanction que sont l'avertissement et l'exclusion existent sans préjudice d'autres mesures juridiques contre le soumissionnaire fautif. Songeons dans ce contexte à des enquêtes et à des sanctions des autorités de surveillance de la concurrence, des autorités de poursuite pénale ou de commissions paritaires, pour autant qu'elles ne conditionnent pas la sanction selon la disposition de l'al. 1.

Selon cet alinéa, un soumissionnaire ne peut être sanctionné que pour les infractions commises par lui-même ou ses organes. Les infractions commises par des tiers ou leurs organes doivent être sanctionnées selon les dispositions de l'al. 3.

Suite à une proposition de la COMCO, la loi reprend en outre une obligation d'information en présence d'indices suffisants de collusion entre soumissionnaires. Une notification à la COMCO peut aussi intervenir indépendamment de la sanction prononcée à l'encontre du soumissionnaire concerné. L'art. 33 Org-OMP prévoit une telle obligation de signaler pour les entités adjudicatrices de la Confédération. Cette disposition pourra être biffée après l'entrée en vigueur de la loi.

Al. 3

Si les faits visés aux al. 1 et 2 sont imputables à des tiers tels que des sous-traitants, les membres d'un consortium ou leurs organes, ceux-ci encourent les mêmes sanctions que le soumissionnaire.

Al. 4

Cette disposition crée la base légale en vue de la tenue d'une liste centrale des soumissionnaires sanctionnés. Les cantons prévoient une liste correspondante dans l'AIMP. La Confédération et les cantons échangeront de façon appropriée les données ainsi collectées. Il sera alors possible de sanctionner les infractions au droit des marchés publics sur l'ensemble du territoire national. Cette disposition est à interpréter comme une disposition spéciale au sens de l'art. 4 LTrans: la liste ne sera pas publique, autrement dit elle ne sera pas publiée de façon active et son accès ne sera pas réservé au sens des dispositions de la loi sur la transparence (information passive). Les demandes émanant de l'adjudicateur ne pourront porter que sur un soumissionnaire déterminé, participant à un appel d'offres concret. A l'expiration de la durée de la sanction, le soumissionnaire sera radié de la liste. Aucun renseignement ne sera fourni sur les sanctions dont la durée est écoulée.

Al. 5

L'al. 5 instaure une autre possibilité de sanction en prévoyant la suppression ou le remboursement de tout ou partie de contributions financières si l'adjudicateur a contrevenu aux prescriptions du droit des marchés publics.

Chapitre 7 Délais et publications, statistiques

L'art. IX:1 AMP 1994 renvoyait, pour l'avis de marché, à la publication appropriée selon l'appendice II, c'est-à-dire, pour les marchés des adjudicateurs centraux, à la plateforme en ligne simap.ch et, pour les cantons et les communes, au média officiel correspondant. L'art. XVIII AMP 1994 prévoyait en outre que les entités adjudicatrices fassent paraître un avis 72 jours au plus tard après l'adjudication de chaque marché.

Le droit communautaire fixait, tant dans la directive 2004/17/CE que dans la directive 2004/18/CE, des obligations détaillées concernant la publication et la transparence. Les nouvelles directives 2014/24/UE et 2014/25/UE contiennent également diverses dispositions à ce sujet.

Pour améliorer la transparence, l'AMP 2012 introduit un art. VI concernant les «renseignements sur le système de passation des marchés». Ce dernier dispose que chaque partie publiera dans un média désigné à l'appendice III (électronique ou papier) tous les avis de marchés, les annonces d'inscription sur la liste réutilisable des soumissionnaires ainsi que tout avis relatif à l'adjudication et les informations y afférentes. L'art. VII:1 AMP 2012 stipule en outre que la publication doit se faire dans un média largement diffusé et demeurant facilement accessible au public, au moins jusqu'à l'expiration du délai qui y est indiqué. L'art. XVI:3 régissant la «transparence des renseignements relatifs aux marchés» contient des dispositions sur la conservation de la documentation, des rapports et des données assurant la traçabilité électronique de la passation des marchés.

Le droit en vigueur ne propose pas de vue d'ensemble des décisions et communications qui doivent être publiées. Les art. 39, 40 et 50 de l'AP-LMP devraient y remédier et appliquer les exigences de l'AMP 2012 en matière de transparence. Par ailleurs, l'art. 49 AP-LMP met en œuvre les dispositions de l'art. XI AMP 2012 relatives au raccourcissement des délais minimaux.

Art. 48 Délais

Al. 1

Les marchés soumis à la loi peuvent varier considérablement en termes de volume et de complexité. C'est pourquoi la loi ne prévoit que des délais minimaux. En cas de marchés importants, ces délais doivent être prolongés de manière appropriée comme sous l'ancien droit (art. 19, al. 2, OMP). En tant que *lex specialis*, cette disposition a la priorité sur l'art. 19 PA.

Le délai pour le dépôt écrit – sous réserve d'instructions divergentes de l'adjudicateur – est respecté si l'offre est déposée le dernier jour de l'échéance (à minuit au plus tard) à l'adjudicateur ou transmise à son attention à la Poste suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse. Si l'offre est transmise par la poste, le sceau postal fait foi¹³². L'adjudicateur peut, conformément à la pratique actuelle, en disposer autrement et définir le jour et l'heure du dépôt dans l'appel d'offres, de sorte à ce que

¹³² Cf. CRM 2002-015 du 29 janvier, consid. 2.

l'offre complète doit être déposée à ce moment pour respecter le délai. La date de la remise par la poste ne joue alors aucun rôle et seul compte le fait que l'offre parvienne intégralement et en la forme exigée à l'adjudicateur à ce moment.

Al. 2

Les délais minimaux fixés pour la procédure ouverte s'inspirent de la disposition de l'art. XI:3, let. a, AMP 2012. Ils correspondent à la réglementation actuelle de l'art. 19, al. 3, OMP. Le délai de 40 jours vaut aussi à compter de la publication de rectifications substantielles et recommence à courir dans ce cas. Il ne recommence pas à courir en cas de petites erreurs de calcul ou de rectifications n'entraînant pas de charge supplémentaire substantielle pour le soumissionnaire ni de changement du cercle des soumissionnaires. Outre le caractère essentiel de la rectification, l'élément déterminant est cependant aussi le moment où elle intervient, c'est-à-dire si le soumissionnaire a encore le temps de tenir compte du changement dans le délai imparti.

Al. 3

Contrairement aux réductions de délai, les prolongations selon l'appréciation de l'adjudicateur sont possibles sans restriction si elles sont appliquées équitablement. Dans le droit en vigueur, cette prescription se trouve à l'art. 19, al. 2, LMP.

Al. 4

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

Art. 49 Réduction des délais pour les marchés soumis aux accords internationaux

Al. 1

En cas de publication d'un appel d'offres par voie électronique, de publication des documents d'appel d'offres par voie électronique et de réception des offres par voie électronique, le délai minimal de 40 jours prévu pour la remise des offres peut être écourté dans chaque cas de 5 jours, soit de 15 jours au maximum (art. XI:5 AMP 2012).

Al. 2 à 4

D'autres réductions du délai de dépôt des offres allant jusqu'à 10 jours sont possibles si un avis a été publié au moins 40 jours et au plus douze mois avant la publication de l'appel d'offres ou que l'adjudicateur a annoncé cette réduction de délai pour des prestations répétitives. Cette réglementation figure déjà aux art. 19 s. OMP.

Al. 5

Cette disposition singulière concerne l'achat de marchandises et de services commerciaux. Elle applique l'art. XI:7 AMP 2012. Elle ne s'oppose pas à la possibilité de réduire le délai à 10 jours pour d'autres raisons.

Art. 50 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 marchés adjugés de gré à gré doivent également être publiés s'ils sont soumis aux accords internationaux.

En raison du développement rapide des noms de domaine et de la cyberadministration, la plateforme de publication n'est pas citée nommément dans la loi. Aujourd'hui, il s'agit de la plateforme «simap.ch», qui existe en allemand, en français, en italien et largement aussi en anglais. «simap.ch» est exploitée par l'Association pour un système d'information sur les marchés publics en Suisse, l'association simap.ch. La Confédération de même que tous les cantons en sont membres et l'alimentent. De nombreuses villes et communes suisses utilisent également cette plateforme de publication. Les prescriptions de l'art. VII:1 AMP 2012 sont donc respectées.

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 rendus publiquement accessibles sur la plateforme Internet lors de la publication de l'appel d'offres conformément à l'al. 1, l'adjudicateur doit mettre les documents à la disposition des soumissionnaires intéressés d'une autre manière (par ex. CD-ROM ou copie imprimée envoyés par la poste).

L'accès aux publications concernant les appels d'offres et les adjudications est gratuit. Les prestations supplémentaires (par ex. le dépôt de certaines preuves d'aptitude, l'archivage électronique des offres, les services d'abonnement et les prestations de support ou autres) peuvent être payantes.

Al. 2

L'appel d'offres et les documents y afférents sont régulièrement rédigés dans la ou les langues officielles au siège de l'adjudicateur, comme l'imposent la praticabilité et le principe de l'utilisation économe des moyens. En cas de marchés de construction, il convient de tenir compte de la langue parlée sur le lieu où est prévue la construction – seulement, toutefois, pour les appels d'offres et les adjudications, mais pas obligatoirement pour les documents d'appel d'offres. L'ordonnance prévoit des dispositions plus détaillées.

Al. 3

Les appels d'offres en d'autres langues doivent être accompagnés d'un résumé dans l'une des langues officielles de l'OMC (anglais, français ou espagnol). Lorsque l'appel d'offres concerne un marché soumis aux accords internationaux, il faut y joindre au moins un résumé en français si l'appel d'offres n'est pas déjà rédigé dans cette langue.

Cette disposition a la priorité sur l'art. 33a PA.

Al. 4

L'adjudication doit être publiée dans les 72 jours à compter de la décision d'adjudication conformément à l'AMP 2012. L'art. XVI:2 AMP 2012 entend garantir une transparence minimale sur les adjudications et ne sert pas la protection juridique. En Suisse, en revanche, la pratique veut que les adjudications soient simultanément publiées et notifiées individuellement.

Art. 51 Conservation des documents

Al. 1 et 2

A l'art. XX:4 AMP 1994 déjà, un délai de conservation de trois ans était prévu pour «la documentation relative à tous les aspects de la passation des marchés». L'art. XVI:3 AMP 2012 va dans la même direction. L'obligation de conserver s'applique à tous les documents retraçant de manière compréhensible le déroulement de la procédure et la légitimité de l'adjudication. Le délai de trois ans court à compter de la conclusion définitive de la procédure d'adjudication, c'est-à-dire dès l'entrée en vigueur de la décision d'adjudication ou de la décision clôturant la procédure.

L'adjudicateur n'est pas tenu de conserver les offres auxquelles l'adjudication n'a pas été attribuée. Il peut choisir de conserver les documents en question, de les renvoyer ou de les éliminer. Ici aussi, cette possibilité ne s'applique que dans la mesure où elle est compatible avec les dispositions plus détaillées concernant l'obligation de conserver les documents mentionnée notamment dans la loi sur l'archivage¹³³, dans le code des obligations et dans le droit d'exécution.

Art. 52 **Statistiques**

L'art. XIX:5 AMP 1994 prévoyait déjà que les parties contractantes établissent une statistique de leurs marchés. Ces statistiques n'ont pas de but en soi. Elles permettent (sur une base anonyme et agrégée) d'examiner les engagements conclus en droit international.

Dans le droit communautaire, tant l'art. 67 de la directive 2004/17/CE que l'art. 75 de la directive 2004/18/CE prévoyaient que les Etats membres remettent chaque année à la Commission un état statistique concernant les marchés adjugés en application desdites directives. À présent, les art. 85 de la directive 2014/24/UE et 101 de la directive 2014/25/UE sont déterminants. Ils disposent qu'après une phase initiale qui durera jusqu'en avril 2017, le compte rendu statistique ne sera plus à présenter que tous les trois ans.

Les accords internationaux ne prévoient pas tous les mêmes exigences quant aux relevés statistiques des pouvoirs adjudicateurs centraux et décentralisés. L'art. XVI:4 AMP 2012 définit le contenu minimal. Les rapports couvrent chaque fois une année et doivent être présentés dans les deux ans suivant la fin de la période couverte. S'agissant des adjudicateurs de la Confédération, ils contiennent les informations suivantes:

- le nombre et la valeur totale des marchés pour tous les adjudicateurs concernés;
- le nombre et la valeur totale des marchés qui ont été adjugés par chaque adjudicateur, ventilés par catégorie de marchandises et de services sur la base d'un système de classification uniforme reconnu au plan international, et
- le nombre et la valeur totale des marchés publics adjugés de gré à gré par chaque adjudicateur.

Al. 1

Le projet prévoit que la Confédération établisse à l'intention du SECO une statistique des marchés adjugés au cours de l'année précédente dans les douze mois suivant la fin d'une année civile – également pour les adjudicateurs opérant sur les marchés sectoriels. Notons que l'AMP exige une statistique des marchés tant supérieurs qu'inférieurs aux seuils prévus par les accords internationaux. Cette statistique sera gérée

¹³³ Loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'archivage, RS 152.1.

électroniquement et transmise 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 correspondantes pour son secteur, prépare une statistique et la fait parvenir au SECO.

Al. 2

ProvCPC est la nomenclature officielle de l'ONU à laquelle se réfère l'OMC. La classification CPV est utilisée par l'Union européenne et s'est également établie en Suisse. La statistique des marchés établie par les adjudicateurs de la Confédération contient, outre les indications sur le nombre et la valeur totale des marchés, une ventilation entre les différentes classifications CPV (let. a). Elle recense également le nombre et la valeur totale des marchés publics adjudgés de gré à gré (let. b).

Al. 3

Habituellement, le droit des marchés publics prend en compte la valeur du marché sans la taxe sur la valeur ajoutée prescrite par la loi (ceci aussi bien pour déterminer la valeur du marché que pour évaluer les prix offerts). En dérogation à cette pratique, la statistique comprend chaque fois la valeur totale *incluant* la TVA, ce qui permet de reproduire les coûts totaux des marchés.

Al. 4

Le SECO publie la statistique globale sous réserve de la protection des données et de la préservation des secrets d'affaires. La statistique globale (cf. art. 31 OMP) fournit des informations sur les marchés de la Confédération, les adjudicateurs opérant sur les marchés sectoriels et les cantons (sans les communes). Outre les données minimales énumérées à l'al. 2, elle peut contenir d'autres informations, notamment la répartition des adjudications en fonction des régions linguistiques et des adjudicataires.

Chapitre 8 Voies de droit

Comme c'était déjà le cas de l'AMP 1994, l'AMP 2012 prévoit, à l'art. XVIII, que les parties établiront «une procédure de recours administrative ou judiciaire s'appliquant en temps opportun, efficace, transparente et non discriminatoire» permettant aux soumissionnaires de déposer un recours contre de prétendues violations du droit. L'art. XX AMP 1994 réglementait la procédure d'examen de façon rudimentaire et laissait une grande marge de manœuvre au droit national. De ce point de vue, l'AMP 2012 n'est pas beaucoup plus précis. L'art. XX:7 AMP 1994 tout comme l'art. XVIII:7 AMP 2012 laissent par exemple le soin aux Etat parties de déterminer si un recours contre une décision d'adjudication a un effet suspensif ou non.

Selon le droit en vigueur, les décisions ne relevant pas des accords internationaux ne sont pas sujettes à recours (art. 39 OMP). Dans l'optique de la garantie de l'accès au juge (art. 29a Cst.), il convient de se demander si toutes les décisions ne devraient pas être attaquables et si, par conséquent, les voies de droit ne devraient pas déjà être garanties à partir d'une valeur de marché d'un franc. S'opposent à cette réflexion des raisons de coûts et d'efficacité qui sont en contradiction avec le besoin de protection juridique des soumissionnaires. Accorder des voies de droit pour tous les marchés publics entraînerait des surcoûts administratifs considérables et un ralentissement du processus d'acquisition, sans guère créer plus de concurrence pour autant. On aurait alors une situation contraire au principe de l'utilisation économique des fonds publics et à l'objectif poursuivi, à savoir la simplification de la procédure d'acquisition. Par conséquent, le projet de loi permet l'accès au tribunal pour tous les projets de marchés

d'une valeur de 150 000 francs et plus. Il prévoit une procédure simple et rapide pour les marchés non soumis aux accords internationaux. Les voies de droit sont donc sensiblement étendues par rapport à l'ancien droit. En revanche, une exception s'applique aux marchés soumis à la loi passés dans le cadre de la coopération internationale au développement (art. 54, al. 5, AP-LMP).

Art. 53 Notification des décisions

Al. 1

Une multitude de parties peut participer aux procédures d'adjudication ouvertes et sélectives. La notification de l'appel d'offres, de l'adjudication (également dans la procédure de gré à gré, art. 23 AP-LMP, et dans la procédure sur invitation, art. 16, al. 3, AP-OMP) et de l'interruption (art. 45 AP-LMP) se fait (aussi) toujours par publication. Toutes les autres décisions sont notifiées individuellement ou par publication sur la plateforme électronique selon le choix de l'adjudicateur. Compte tenu du caractère spécial de la procédure et de la protection du secret d'affaires des soumissionnaires, la procédure de notification des décisions ne prévoit pas de droit d'être entendu.

Al. 2

Les traités internationaux prescrivent que l'adjudication ne sera sommairement motivée qu'à la demande d'un soumissionnaire (art. XVI:1 AMP 2012). Le délai de recours de dix jours au minimum prévu à l'art. XVIII:3 AMP 2012 ne commence à courir qu'avec la motivation sommaire. Il ne suffit pas d'indiquer que le marché a été adjudgé à l'offre la plus avantageuse économiquement. Cependant, dans certaines circonstances, une motivation lacunaire peut être réparée en procédure de recours¹³⁴.

Désormais, toutes les décisions seront motivées sommairement sans nécessiter de demande concrète. La motivation d'une adjudication comprend notamment une brève présentation des raisons pour lesquelles l'offre retenue est supérieure aux autres compte tenu des critères d'adjudication. Cette motivation doit permettre aux soumissionnaires non retenus de comprendre la décision d'adjudication dans les grandes lignes.

Si la publication d'une décision sur *simap.ch* ne contient aucune motivation sommaire, le délai de recours défini à l'art. 58 AP-LMP n'est pas déclenché. Il commence à courir dès la notification individuelle de la décision motivée.

En complément à la motivation sommaire, les adjudicateurs prévoient régulièrement un débriefing avec les soumissionnaires. Celui-ci peut être demandé par le soumissionnaire ou par l'adjudicateur. Il doit permettre aux soumissionnaires non retenus de mieux comprendre les raisons de la non-entrée en matière afin d'éviter des recours inutiles dans la mesure du possible.

Al. 3

Les informations minimales à donner dans la motivation de l'adjudication sont prescrites à l'art. XVI:1 AMP 2012. Tout soumissionnaire a le droit de connaître les «raisons pour lesquelles (...) sa soumission [n'a pas été retenue] ainsi que les avantages relatifs de la soumission du fournisseur retenu». C'est le bon côté de la médaille. Dans le cadre de la décision d'adjudication (à publier régulièrement), on se limitera aux caractéristiques et avantages décisifs de l'offre retenue (let. c), mais le prix total (let.

¹³⁴ Cf. ATAF B-2675/2012 du 23 juillet 2012, consid. 3.

b), sera indiqué si possible avec toutes les options. Lors du débriefing individuel, on pourra aussi exposer les faiblesses relatives des offres non retenues.

Al. 4

Les offres présentées dans le cadre des appels d'offres publics renferment régulièrement des secrets d'affaires des soumissionnaires. C'est pourquoi il est interdit de consulter les offres concurrentes. De la même façon, les secrets d'affaires doivent être protégés dans le cadre de la motivation sommaire et du débriefing. Ces raisons de même que d'autres causes de refus sont déjà exposées à l'art. XVII:3 AMP 2012.

Art. 54 **Recours**

Al. 1 et 2

L'accès au tribunal est ouvert à tous les projets de marchés d'une valeur égale ou supérieure à 150 000 francs. Il est non seulement indépendant du fait qu'il s'agisse d'un adjudicateur au sens de l'art. 4, al. 1, AP-LMP ou d'un adjudicateur opérant sur les marchés sectoriels, mais aussi du fait qu'il s'agisse d'un marché de construction, de services ou de fournitures. Cela est possible puisqu'à l'avenir, toutes les adjudications atteignant ou dépassant cette valeur seront publiées. Les recours contre des décisions des adjudicateurs à l'échelon fédéral (c'est-à-dire contre des projets de marchés adjugés selon les critères de la LMP) relèvent de la compétence du Tribunal administratif fédéral. Les voies de droit en cas d'une valeur de marché égale ou supérieure à 150 000 francs sont proposées sur la base d'un compromis avec les cantons (qui souhaitent en contrepartie autoriser des négociations à certaines conditions). Les valeurs seuils applicables aux appels d'offres publics sont maintenues et ne sont pas concernées par l'élargissement des voies de droit.

Quelle que soit la valeur du marché, les soumissionnaires peuvent toujours déposer un recours s'ils sont radiés d'une liste, inscrits sur une liste ou sanctionnés au sens de l'art. 47 AP-LMP, par exemple par une exclusion des futurs marchés de l'adjudicateur.

Dans certaines conditions (atteinte des valeurs seuils prévues par les accords internationaux et évaluation d'une question juridique de principe), un recours en matière de droit public contre les décisions du Tribunal administratif fédéral peut être porté devant le Tribunal fédéral dans les trente jours (art. 83, let. f, 85 et 100, al. 1, LTF). En règle générale, le recours déposé devant le Tribunal fédéral n'a pas d'effet suspensif – pas plus que celui déposé devant le Tribunal administratif fédéral (art. 103 LTF). Le recours administratif au Conseil fédéral est exclu (art. 74 PA).

Al. 3

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. Si un recours concerne un marché du Tribunal fédéral lui-même, l'art. 37, al. 3, LTF est applicable en raison des conflits d'intérêts potentiels. Si le Tribunal fédéral ne se voit pas en mesure d'évaluer lui-même le recours, il conviendra de demander l'avis de juges extraordinaires. Dans ce cas, l'instance de jugement serait désignée aléatoirement parmi les présidents des tribunaux cantonaux supérieurs.

Al. 4

Une procédure simple et rapide existe pour les marchés non soumis aux accords internationaux. Cette solution offre un double avantage: tout d'abord, les soumissionnaires ont ainsi accès au tribunal même pour des marchés n'atteignant pas les valeurs seuils déterminantes et ne figurant pas dans les annexes de l'OMP. Dans le contexte de la garantie de l'accès au juge prévue à l'art. 29a Cst., un tel élargissement des voies de droit est opportun. D'autre part, pour les petits marchés, les coûts de transaction d'une procédure de recours dépassent rapidement la valeur du marché. Il convient donc de pondérer le droit à la protection juridique individuelle et la gestion économique des moyens de l'administration et des ressources des tribunaux.

La procédure simple et rapide permet d'atteindre cet équilibre. Elle ne prévoit pas d'effet suspensif pour les recours, se limite à un échange d'écritures et débouche dans les 60 jours sur des débats d'instruction devant le juge unique compétent. Celui-ci reçoit les preuves et statue sur place si aucun accord ne peut être trouvé entre les parties impliquées. La décision est motivée sommairement à la demande de la partie perdante. Elle est définitive et ne peut donc être attaquée par un moyen de droit. L'ordonnance règle les détails.

Cette procédure simple et rapide ne s'applique pas en cas de recours contre des sanctions ou contre les décisions relatives au remboursement de la rémunération versée en trop et à la réduction de prix prises en vertu du droit de regard des autorités (art. 55, al. 1, let. g et h, AP-LMP). Dans ces cas, il convient d'appliquer la procédure ordinaire prévue par la PA.

Al. 5

Ne sont pas sujets à recours les 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. Cette exception se justifie car au niveau mondial, la coopération internationale a tendance à être exclue complètement du champ d'application du droit des marchés publics. Les marchés portant par exemple sur la coopération au développement et l'aide humanitaire sont toujours tributaires de la situation politique du pays demandeur. La réputation de la Suisse en tant que partenaire fiable dans les pays bénéficiaires est cruciale dans ce domaine sensible et le succès des projets dépend finalement souvent du rapport de confiance entre les partenaires de même que de divers facteurs variables. Un droit de recours entraînerait, pour les responsables de programme et les pouvoirs adjudicateurs, un surcoût considérable qui, dans le domaine de la coopération internationale, serait disproportionné par rapport à la plus-value apportée par le contrôle judiciaire.

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

Art. 55 Objet du recours

Al. 1

Les objets du recours sont énumérés dans le détail à l'al. 1. Les autres décisions intermédiaires ne peuvent être attaquées, même si elles constituent un préjudice irréparable (aux yeux du recourant). Les lettres précisant que l'offre d'un soumissionnaire ne sera plus examinée avant la décision d'adjudication ne sont pas attaquables.

L'appel d'offres (let. a) comprend également sa rectification. Alors que la décision concernant le choix des soumissionnaires peut être attaquée dans la procédure sélective (let. b), elle ne peut l'être par les soumissionnaires invités dans le cadre d'une procédure sur invitation (art. 22, al. 4, AP-LMP), car dans ce cas, l'adjudicateur est libre de choisir. Une adjudication (let. d) peut être attaquée quelle que soit la procédure (ouverte, sélective ou de gré à gré)¹³⁵. L'exclusion de la procédure (let. f) comprend également la réduction des soumissionnaires («sélection préférentielle») dans le cadre d'un dialogue ou d'enchères électroniques, pour autant que ladite exclusion soit notifiée séparément par une décision intermédiaire. De même, peuvent faire recours les soumissionnaires qui ont été contraints, selon le droit de regard des autorités (art. 18 AP-LMP), à rembourser une rémunération versée en trop ou à réduire le prix (let. h).

Al. 2

Conformément au principe de loyauté, toute objection à des prescriptions figurant dans l'appel d'offres doit immédiatement être émise. En d'autres termes, au moment du recours contre l'adjudication, un soumissionnaire ne peut plus invoquer aucun grief qu'il aurait déjà pu invoquer au moyen d'un recours contre l'appel d'offres. Par conséquent, il est déchu (en renonçant au recours) de son droit de recours.

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 y afférents. Ces derniers peuvent être considérés, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, comme «faisant partie intégrante de l'appel d'offres»¹³⁶ (ce qui diffère encore de la pratique de l'ancienne commission de recours en matière de marchés publics¹³⁷ et de la pratique actuelle du Tribunal administratif fédéral). La pratique des tribunaux cantonaux n'est donc pas homogène dans ce domaine.

D'une part, il est nécessaire pour l'adjudicateur public que les soumissionnaires respectent les conditions de l'appel d'offres s'ils ne les remettent pas immédiatement en cause. C'est à cela que sert notamment le devoir de contestation des soumissionnaires participant à la procédure (conséquence naturelle de la bonne foi). D'autre part, les soumissionnaires doivent pouvoir savoir, à partir de l'appel d'offres public, si un marché publié est intéressant pour eux. Selon la jurisprudence actuelle du Tribunal administratif fédéral, les griefs sont donc tardifs si le sens et la portée de la prescription de l'adjudicateur invoquée étaient déjà reconnaissables tels quels antérieurement. Cependant, cette pratique n'est applicable que si l'adjudicateur ne renvoie pas expressément à des conditions inhabituelles dans les documents d'appel d'offres. On ne peut attendre d'un soumissionnaire qu'il soumette déjà ces documents à un contrôle juridique complet à un moment précoce.¹³⁸ Si, au contraire, les conditions et leur portée sont reconnaissables en prêtant la diligence commandée par les circonstances, les contestations y afférentes de la décision d'adjudication perdent également leur effet si les conditions étaient mentionnées dans les documents d'appel d'offres mais pas dans l'appel d'offres proprement dit.

Al. 3

¹³⁵ Cf. ATF 137 II 313, consid. 2.3.

¹³⁶ Cf. ATF 129 I 313; arrêt du Tribunal fédéral 2C 225/2009 du 16 octobre 2009, consid. 4.2.

¹³⁷ Cf. CRM 2001-011 du 16 novembre 2001, consid. 3b.

¹³⁸ Cf. ATAF B-738/2012 du 14 juin 2012, consid. 3.1 et 4.4.

Les sanctions applicables en droit des marchés publics telles que l'exclusion ou le blocage ont un caractère relevant du droit pénal administratif. Les dispositions spéciales du droit des marchés publics, axées sur la célérité et la sécurité juridique, ne peuvent donc pas être reprises telles quelles. La protection juridique de la personne sanctionnée prime.

Par conséquent, les dispositions de la présente loi concernant le droit d'être entendu dans le cadre de la procédure de décision (art. 53, al. 1, AP-LMP), l'effet suspensif (art. 56 AP-LMP) et la limitation des motifs de recours (art. 55, al. 1, AP-LMP) ne s'appliquent pas aux recours contre l'adoption d'une sanction au sens de l'art. 47 AP-LMP. Sont applicables, en revanche, le droit général sur la procédure administrative et les règles du droit de procédure du droit pénal administratif. En outre, pour les recours contre des sanctions au sens de l'art. 47 AP-LMP, on tiendra compte, à l'échelon fédéral, de l'art. 21, al. 2, DPA¹³⁹, selon lequel le soumissionnaire peut demander que le tribunal juge la décision pénale.

Al. 4

Il n'y a pas de voies de droit dans les procédures d'adjudication de marchés d'une valeur inférieure à 150 000 francs. Les coûts (directs et indirects) de procédures d'examen judiciaire dans le cas de marchés inférieurs à 150 000 francs (fournitures et services) dépassent régulièrement leurs bénéfices. C'est pourquoi il n'est pas nécessaire d'avoir des voies de droit étendues.

Art. 56 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:7 AMP 2012 laisse aux parties le soin de déterminer si la procédure d'examen a automatiquement un effet suspensif ou non. Des réflexions d'ordre pratique, principalement, s'y opposent. Si un recours repoussait automatiquement le caractère exécutoire de la décision d'adjudication et empêchait la conclusion du contrat jusqu'à la décision de l'instance de recours, le marché risquerait de prendre du retard et d'occasionner des surcoûts considérables¹⁴⁰. La situation serait tout aussi défavorable pour les soumissionnaires retenus. C'est pourquoi le droit en vigueur exclut déjà cet automatisme (art. 28, al. 1, LMP).

Al. 2

Sous le régime de la LMP et de l'AIMP s'est établie la pratique de renoncer à la conclusion d'un contrat de marché durant le délai de recours. Cette période de blocage dure jusqu'au moment où un adjudicateur peut raisonnablement supposer qu'aucun recours et aucune demande d'effet suspensif n'ont été déposés. En cas de doute, il est recommandé de s'adresser au tribunal compétent.

Al. 3

Les tribunaux donnent régulièrement suite à une demande d'octroi de l'effet suspensif à titre superprovisoire jusqu'à ce que l'adjudicateur ait donné son avis. Durant cette

¹³⁹ Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif, RS 313.0.

¹⁴⁰ Cf. ATAF B-4904/2013 du 29 octobre 2013, consid. 3.

situation superprovisoire, aucun contrat ne peut être conclu et aucune action préjudiciable à la décision d'adjudication ne peut être entreprise. Dès réception de l'avis, il est décidé de maintenir ou non la décision sur les mesures.

Si l'effet suspensif est demandé, on analyse d'abord, dans la pratique, les chances de succès du recours au sens d'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 n'est pas sans issue ou en cas de doute, il convient de procéder à une pondération des intérêts: les critères en faveur de la décision d'accorder l'effet suspensif sont, d'une part, les intérêts de la partie recourante à conserver la possibilité de recevoir le marché. D'autre part, il faut tenir compte des intérêts publics de l'adjudicateur. L'intérêt public à ce que la décision d'adjudication soit mise en œuvre le plus rapidement possible a un poids considérable. La pondération doit également englober les éventuels intérêts de tiers, notamment des autres personnes impliquées à un marché. De même, il existe un intérêt public prépondérant à maintenir la protection juridique effective et à empêcher des mesures rendant les voies de droit illusives¹⁴¹.

Al. 4

Si un recours a un effet suspensif, le projet de marché peut se prolonger de plusieurs mois voire de plusieurs années. Il peut en résulter un dommage pour l'adjudicateur tout comme pour le soumissionnaire retenu, qui doit mettre à disposition certaines ressources. L'un et l'autre peuvent faire valoir ce dommage conformément au droit civil fédéral. L'al. 4 prévoit à cet effet une norme de protection interdisant les recours abusifs ou déloyaux, c'est-à-dire purement dilatoires.

Art. 57 Droit applicable

A moins que la présente loi n'en dispose autrement, la procédure de décision et la procédure de recours sont régies par les dispositions générales de la PA. Par souci d'uniformité de la procédure administrative, des dérogations aux règles générales ne sont prévues que si elles sont absolument nécessaires dans le contexte de la procédure d'adjudication.

Art. 58 Délai et motifs de recours

Al. 1

L'art. XVIII:3 AMP 2012 demande un délai suffisant pour la préparation et le dépôt d'un recours. Ce délai ne sera en aucun cas inférieur à dix jours à compter de la date à laquelle le fondement du recours est connu ou devrait raisonnablement être connu. Le «fondement du recours» ne s'éteint pas par le fait qu'un soumissionnaire n'ait pas été retenu. Il présume plutôt la connaissance des motifs essentiels de la décision.

La durée du délai est limitée d'une part par le principe de célérité et par la volonté de conclure rapidement le processus d'adjudication. D'autre part, si le délai est trop serré, il risque d'y avoir des «recours spontanés» infondés. Il est possible d'y remédier par un débriefing professionnel (dont l'organisation et l'exécution prendront également quelques jours). Compte tenu de toutes les circonstances, un délai de vingt jours semble approprié; c'est pourquoi la réglementation actuelle (art. 30 LMP) est reprise.

Al. 2

¹⁴¹ Cf. ATAF B-4904/2013 du 29 octobre 2013, consid. 3.

En matière d'adjudication, les fêtes judiciaires ne s'appliquent ni à la procédure de décision, ni à la procédure de recours. Les délais courent donc indépendamment d'éventuelles périodes d'interruption. Ce principe n'avait jusqu'à présent qu'une portée générale dans le domaine des mesures préventives (effet suspensif du recours). Il est désormais applicable à l'ensemble de la procédure, conformément à de nombreux règlements cantonaux.

Al. 3 et 4

Dans la procédure de recours, les griefs de la violation du droit et des erreurs d'appréciation (excès, manque ou abus de pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur) sont limités. Le plaignant ne peut faire valoir l'inopportunité de l'adjudication dans la procédure de recours; c'est pourquoi les dispositions de l'art. 31 LMP en vigueur sont conservées. Une adjudication sera illicite si, par exemple, un soumissionnaire n'est pas pris en compte en raison de son origine. Par ailleurs, un appel d'offres peut être attaqué pour illégalité si les conditions formelles ne sont pas remplies ou que les critères sont mal pondérés. En revanche, il n'est pas possible d'examiner l'opportunité de l'adjudication, et notamment du processus d'évaluation (par manque de justiciabilité des critères techniques et économiques).

Al. 5

Dans la procédure de gré à gré au sens de l'art. 23 AP-LMP, seul peut être invoqué le choix de la mauvaise procédure.

Art. 59 Consultation du dossier

S'agissant du droit de consulter le dossier, deux principes du droit des marchés publics s'opposent: d'une part, une consultation trop détaillée du dossier menace la concurrence loyale et donc l'égalité de traitement des soumissionnaires. D'autre part, une certaine transparence est cruciale pour que la protection juridique soit effective. Pour résoudre ce conflit, le droit de consulter le dossier est accordé à des degrés différents selon l'état de la procédure.

Al. 1

Le droit de consulter le dossier conformément aux art. 26 à 28 PA reste explicitement exclu pour la procédure d'adjudication (procédure de décision). Cela se justifie dans le contexte des secrets d'affaires et de la protection de la concurrence entre soumissionnaires. Au plus tard après l'adjudication, les soumissionnaires doivent pouvoir consulter sur demande le procès-verbal de l'ouverture des offres.

Al. 2

Le droit de consulter le dossier ne commence à produire son effet que dans la procédure de recours. Il présuppose une demande du recourant et se limite à la consultation de l'évaluation de son offre et d'autres pièces pertinentes pour les décisions. Il convient de respecter, ici également, les intérêts particuliers qui existaient déjà dans la procédure de décision. Il faut protéger efficacement et de manière opportune les intérêts de tiers, en particulier, par exemple en caviardant les passages concernés.

La consultation peut aussi être refusée si une demande concerne des «dossiers internes à l'administration». Il s'agit de documents qui ne sont *pas* des moyens de preuve au cours d'une procédure car ils servent uniquement à se faire une opinion au sein de l'administration et ne sont destinés qu'à un usage interne des autorités (projets, notes, pièce justificative auxiliaire, etc.). Le Tribunal administratif fédéral a qualifié de documents internes à l'administration les mémorandums du conseiller juridique d'un

adjudicateur, tout en déclarant que l'on pouvait, dans certaines circonstances, respecter les intérêts de confidentialité de l'adjudicateur en repoussant la consultation du dossier au moins jusqu'à la clôture de la procédure de recours. Les expertises et rapports sur des faits contestés, en revanche, ne sont pas considérés comme des dossiers internes à l'administration¹⁴². La pratique concernant les dossiers internes à l'administration est critiquée par la doctrine, surtout depuis l'entrée en vigueur de la loi sur la transparence, qui ne prévoit pas de catégorie de documents internes non accessibles de manière générale. Cette pratique doit cependant être conservée en raison des particularités de la procédure d'adjudication.

Art. 60 **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 démarche est indiquée dans la procédure en question. Si une décision est entachée de vices de forme irréparables, la suppression ou la répétition de l'appel d'offres (à partir du moment où la faute a commencé) ne seront guère évitables. L'octroi d'une adjudication au recourant ne sera possible que dans des cas clairs. Si des investigations complémentaires des faits sont nécessaires, seul le rejet demeure.

Al. 2

Si le contrat a déjà été conclu et que le tribunal approuve le recours, l'autorité de recours se limite à constater dans quelle mesure la décision attaquée viole le droit applicable (protection juridique secondaire). La suppression de l'adjudication déjà consommée par un contrat de droit privé ne mène pas au but dans ce cas. Rien que pour des raisons de compétences, le juge administratif ne peut intervenir dans un contrat de droit privé. Dans ce cas, le recourant peut uniquement faire valoir une demande en dommages-intérêts. Si le contrat a été conclu prématurément ou qu'aucun appel d'offres ou procédure sur invitation n'en est à l'origine, le tribunal peut ordonner à l'adjudicateur de dénoncer le contrat pour la prochaine date possible (conformément aux dispositions contractuelles) et de soumettre l'objet du marché à la concurrence de manière ordinaire.

Al. 3

Jusqu'à présent, les demandes en dommages-intérêts devaient être traitées dans le cadre de la protection du droit secondaire au cours d'une procédure séparée conformément à la loi sur la responsabilité (LRCF)¹⁴³. Désormais, l'al. 3 permet au recourant de procéder à une évaluation «adhésive» de la demande en dommages-intérêts devant la même instance. Cela permet d'éviter des doublons et des frais de transaction inutiles. La condition à remplir est que la demande en dommages-intérêts soit immédiatement prouvable.

Al. 4

La limitation de la créance en réparation du dommage est maintenue. Sont uniquement remplacés les coûts de l'offre, c'est-à-dire les coûts que le soumissionnaire a dû engager pour préparer et présenter son offre. Cela ne comprend pas la totalité de l'intérêt

¹⁴² Cf. ATAF B-6177/2008 du 4 décembre 2008, cons. 5.1.

¹⁴³ Loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires, RS 170.32.

négatif. L'instance de recours ne peut attribuer d'autres postes de dommages. Mais, dans certaines circonstances, un soumissionnaire dispose d'un droit à des dommages-intérêts découlant de la *culpa in contrahendo*, lequel doit être évalué par les tribunaux civils.

Art. 61 **Révision**

En règle générale, lorsqu'il y a demande de révision, le contrat a déjà été conclu. La seule possibilité qui reste au tribunal, par analogie à l'art. 60, al. 2, AP-LMP, est de constater dans quelle mesure la décision attaquée viole le droit applicable. C'est pourquoi, dans le cadre de la procédure de révision également, seule la protection juridique secondaire peut être revendiquée.

Chapitre 9 **Dispositions finales**

Art. 62 **Exécution**

Le projet contient une autorisation complète habilitant le Conseil fédéral à édicter les dispositions d'exécution en respectant les accords internationaux pertinents (notamment l'AMP, les accords bilatéraux, les accords de libre-échange). Le Conseil fédéral est libre de déléguer cette compétence au DFF de manière générale ou, dans certains cas, à un office fédéral, par exemple à l'Office fédéral des constructions et de la logistique.

Art. 63 **Abrogation et modification d'autres actes**

Al. 1

La révision totale proposée entraîne l'abrogation de la LMP en vigueur.

Al. 2

Droit de recours des autorités

La loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) mentionne à l'art. 5 des exigences minimales applicables aux marchés publics adjugés par les cantons et les communes. Selon ladite disposition, les projets de marchés publics de grande importance doivent être publiés dans un organe officiel et il convient de respecter les principes de la non-discrimination et de la transparence. Les soumissionnaires d'autres cantons sont ainsi assurés d'avoir un accès égal aux marchés publics cantonaux et communaux. En outre, l'art. 9, al. 1 et 2, LMI, prévoit une garantie des voies de recours, et il incombe à la COMCO de veiller de manière générale à ce que la Confédération, les cantons et les communes respectent la LMI. La COMCO peut recourir contre des décisions contraires à la loi sur le marché intérieur, établir des expertises et des recommandations et être entendue devant le Tribunal fédéral.

Les normes minimales matérielles de l'art. 5 LMI sont déjà garanties par l'AIMP révisé (AIMP 2015). C'est pourquoi elles peuvent être abrogées dans la LMI pour ce qui concerne les marchés publics adjugés par les cantons ayant adhéré à l'AIMP 2015. Les cantons n'ayant pas adhéré à l'AIMP 2015 restent soumis aux normes minimales prévues par la LMI dans le domaine des marchés publics (art. 5 LMI).

Dans les cantons ayant adhéré à l'AIMP 2015, les voies de droit en matière de marchés publics existent uniformément à partir d'une valeur de 150 000 francs. Les voies de droit prévues par la LMI dans le cadre des marchés publics (art. 9, al. 2, LMI) sont

donc supprimées pour les cantons concordataires. Pour les autres, la voie de recours mentionnée actuellement dans la LMI reste applicable à tous les marchés publics quelle que soit leur valeur (art. 9, al. 2, LMI), sous réserve de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

La fonction de surveillance que la LMI attribue à la COMCO dans le domaine des marchés cantonaux et communaux est maintenue. Pour assurer le fonctionnement du marché intérieur, la COMCO doit pouvoir établir des recommandations et des expertises, être entendue devant le Tribunal fédéral et déposer des recours, et cela également pour les marchés cantonaux et communaux. Après l'abrogation des normes minimales applicables aux marchés publics dans la LMI (art. 5 LMI) et leur inscription dans l'AIMP 2015 uniquement, les instruments mentionnés dont dispose la COMCO devront être transposés dans la surveillance du respect de l'AIMP 2015 pour les cantons y ayant adhéré. A cet effet, l'art. 8, al. 1 et 2, l'art. 9, al. 2^{bis} et l'art. 10, al. 1, LMI renvoient désormais à l'AIMP 2015.

Consultations relatives à l'AP-LMP et au projet d'AIMP révisé (P-AIMP)

Comme il a été convenu entre la Confédération et les cantons, la consultation relative à l'AP-LMP sera menée sur la base du même projet que celui qui a été envoyé aux cantons en raison des résultats de l'harmonisation fructueuse des actes en matière de marchés dans le cadre du groupe de travail AURORA. S'agissant du droit de recours de la COMCO, l'avant-projet de la Confédération déroge cependant au projet d'AIMP envoyé en consultation aux cantons, conformément à la décision du Conseil fédéral.

Lors de la consultation portant sur le projet d'AIMP, il avait été proposé de régler le droit de recours des autorités dans l'AIMP (et non dans la LMI) selon deux solutions: recours déposés soit par l'AiMp soit par la COMCO¹⁴⁴. L'avant-projet de la Confédération, quant à lui, correspond à la réglementation actuelle, c'est-à-dire que le droit de recours de la COMCO demeure inscrit dans la LMI. Pour qu'il soit efficace, le droit de recours doit impérativement être exercé par une autorité indépendante et demeurer inscrit dans le droit fédéral. Ainsi seulement en garantit-on le libre-exercice envers les pouvoirs adjudicateurs cantonaux et communaux et assure-t-on la continuité de la réglementation existante. La COMCO est une commission extraparlamentaire indépendante des pouvoirs adjudicateurs et des soumissionnaires et, de ce fait, est la mieux à même d'exercer le droit de recours. Cette solution tient en outre compte de l'art. 89, al. 2, let. d, LTF selon lequel une autorité n'a qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral que si une loi fédérale lui accorde un droit de recours. Le droit de recours de la COMCO doit continuer de servir à clarifier, sur le plan judiciaire, les questions touchant au marché intérieur telles que l'accès au marché et la discrimination de soumissionnaires étrangers.

Al. 3

Cette loi régit la compétence d'évaluer les recours contre des décisions en matière de marchés publics prises par des tribunaux nationaux. Il en résulte une modification de l'art. 83, let. f, LTF.

¹⁴⁴ Cf. P-AIMP et le rapport explicatif: <http://www.bpuk.ch/fr/dtap/concordats/aimp/e-ivoeb/> (état au 5 mars 2015).

Art. 64 **Disposition transitoire**

Al. 1

Une procédure d'adjudication dure généralement assez longtemps. Pour des raisons pratiques, le droit applicable ne doit pas changer pour les marchés publics mis au concours ou adjugés avant l'entrée en vigueur de cette loi. Le nouveau droit ne sera donc applicable qu'aux procédures d'adjudication faisant l'objet d'un appel d'offres public lancé après sa mise en vigueur. Dans les cas où l'appel d'offres n'est pas public (par ex. dans une procédure sur invitation ou une procédure de gré à gré), le moment de l'adjudication du marché est le point de référence pour déterminer le droit applicable. La date de la publication de l'adjudication ou de la notification individuelle selon l'art. 53 AP-LMP est décisive.

La loi révisée est donc applicable aux marchés publics supplémentaires ou subséquents mis au concours ou adjugés après sa mise en vigueur. Cela vaut aussi si le marché initial a été adjugé selon l'ancien droit.

S'agissant de la conclusion de contrats-cadres, la date de l'appel d'offres – et, à défaut, la date de publication de l'adjudication – est également déterminante. La procédure d'adjudication est réputée terminée avec l'adjudication du contrat-cadre; l'acquisition des prestations obéit aux prescriptions du code des obligations.

Si, lors d'une procédure sans appel d'offres, une décision de suppression ou d'interruption devait être prise avant l'adjudication mais après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, ladite décision devrait être attaquée selon l'ancien droit.

Art. 65 **Référendum et entrée en vigueur**

La présente loi est sujette au référendum facultatif (al. 1). 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 tard après 24 mois. Cependant, l'harmonisation des actes nationaux en matière de marchés publics, visée parallèlement à la mise en œuvre de l'AMP 2012, requiert également du temps. Le Conseil fédéral fixera la date de l'entrée en vigueur (al. 2).

3 **Conséquences**

3.1 **Conséquences pour les finances et le personnel**

L'ampleur des conséquences du projet sur les finances de la Confédération et sur l'état du personnel ne peut être estimée exactement pour le moment. Il faut s'attendre à des surcoûts et des charges supplémentaires pour la Confédération.

Après l'entrée en vigueur de la loi révisée, surtout, et dans sa phase initiale, il faut tabler sur une hausse des besoins dans tous les services concernés (conseil, formation, mise en œuvre, jurisprudence, etc.). La réduction du délai maximal général de cinq à quatre ans pour les contrats-cadres (art. 29 AP-LMP) entraînera dans les services concernés des charges supplémentaires de quelque 20 % et, partant, une augmentation des frais. Par ailleurs, l'élargissement des voies de droit et la réalisation des mesures prévues à l'échelon de l'ordonnance en vue d'encourager les minorités linguistiques causeront eux aussi – au-delà de la phase initiale – des charges supplémentaires et des surcoûts au niveau de l'administration et des tribunaux compétents. En revanche, il en

résultera un bénéfice accru (induit par la plus forte concurrence entre soumissionnaires) et une meilleure qualité des produits et services à acquérir.

Pour clarifier de manière détaillée les conséquences de la révision pour l'administration et l'économie, une analyse d'impact de la réglementation (AIR) est en cours.

3.1.1 Conséquences économiques

Le droit des marchés publics régit un segment considérable de l'économie nationale suisse: en 2004, les communes, les cantons et la Confédération ont dépensé quelque 34 milliards de francs pour l'achat d'immeubles, de marchandises et de services, soit environ 25 % des dépenses publiques totales et 8 % du produit intérieur brut. Actuellement, la somme totale des paiements en rapport avec les marchés publics en Suisse est estimée à quelque 41,7 milliards de francs par an¹⁴⁵.

En 2013, l'administration fédérale centrale a acquis à elle seule des biens et des services pour une valeur de 5,3 milliards de francs¹⁴⁶. Ces chiffres donnent à penser que l'agencement du droit des marchés publics représente un facteur important pour la place économique suisse.

L'adaptation du droit des marchés publics de la Confédération et des cantons permet aux soumissionnaires de mieux trouver leurs repères et peut réduire les coûts pour les entreprises concernées, notamment en ce qui concerne l'acquisition d'informations. En outre, grâce au déroulement électronique de l'intégralité de la procédure d'adjudication (de la notification des besoins à la facturation), des économies peuvent être réalisées au sein des entreprises et au niveau national.

Le recours légal aux technologies de l'information modernes dans les marchés publics contribue indirectement à l'encouragement des technologies.

La LMP a notamment pour objectif de libéraliser les marchés publics (préambule de l'AMP 2012). Ce projet renforce un fondement de l'ordre économique et, en accroissant la transparence, facilite l'accès aux marchés publics, ce qui, de manière générale, favorise la concurrence.

3.1.2 Conséquences pour l'environnement

La prise en compte du développement durable inscrite dans les statuts de l'AMP 2012, notamment au niveau de l'aspect écologique, a été introduite à l'échelon de l'ordonnance en 2010 déjà en Suisse. La prise en compte permanente et systématique des aspects environnementaux lors des marchés publics peut, à long terme, contribuer à protéger la nature et l'environnement. C'est une condition importante pour maintenir et laisser jouer la concurrence à l'avenir tout en bénéficiant à l'ensemble de la société.

4 Rapports avec le programme de la législature

Le projet est annoncé dans le message sur le programme de la législature 2011 à 2015¹⁴⁷, de même que dans l'objectif 2 des lignes directrices du Conseil fédéral 2015.

¹⁴⁵ Cf. Stöckli/Beyeler, Das Vergaberecht der Schweiz, Zürich, 2012. S. 1.

¹⁴⁶ Cf. feuille d'information de l'OFCL «Paiements des achats 2013» sous <https://www.bkb.admin.ch/bkb/fr/home/oeffentliches-beschaffungswesen/statistik-beschaffungszahlungen.html> (version du 9 mars 2015).

¹⁴⁷ FF 2012 349.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

La compétence législative de la Confédération en matière de marchés publics dérive de diverses dispositions de la Constitution fédérale. 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 des marchés publics ainsi qu'art. 63, al. 1, Cst. concernant la formation professionnelle).

5.2 Droit comparé

Il existe de nombreux accords internationaux dans le domaine des marchés publics, à commencer par l'AMP et les accords bilatéraux avec l'UE. Il convient de distinguer les marchés couverts par les accords internationaux et le domaine d'application du droit des marchés publics internes. Dans le premier cas, qui concerne les engagements internationaux de la Suisse en rapport avec les marchés publics, le droit international prédomine. Une mise en œuvre autonome ou une interprétation de ses prescriptions n'est possible que pour autant que l'accord en question le permette.

L'AMP prescrit les principes et les précise de manière parfois très détaillée. Les lois nationales sur les marchés publics des Etats parties ne diffèrent en général que sur les points laissés volontairement ouverts par l'AMP ou dont la réglementation a été déléguée aux Etats parties. La comparaison avec les actes législatifs de différents pays industrialisés a donné de nombreuses impulsions pour le présent projet de loi.

L'AMP 2012 et le droit suisse des marchés publics sont fortement empreints des directives de l'UE: les directives 2004/18/CE¹⁴⁸, 93/38/CEE¹⁴⁹ et 2004/17/CE¹⁵⁰ avaient déjà un effet – indirect du moins – sur le droit en matière d'adjudication en Suisse.¹⁵¹ En décembre 2011, l'UE a décidé qu'au vu du développement économique, social et politique, une révision de ses règles applicables aux marchés publics s'imposait. Il s'agissait d'une part de simplifier la réglementation et de la rendre plus conforme à la pratique. D'autre part, il convenait de créer les conditions pour que les marchés publics soient adjugés selon le meilleur rapport qualité-prix et en respectant les principes de la transparence et de la concurrence et pour que l'AMP révisé soit mis

¹⁴⁸ 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 de l'UE L 134 du 30 avril 2004, p. 114.

¹⁴⁹ 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 de l'UE L199 du 9 août 1993, p. 84.

¹⁵⁰ 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 de l'UE L 134 du 30 avril 2004, p. 1.

¹⁵¹ Cf. CA / Marco Fetz: Das EG-Vergaberecht: Einzelne Neuerungen. Darstellung und erste Analyse der Stärken und Schwächen. Berne, 2004.

en œuvre. Les directives 2014/23/UE¹⁵², 2014/24/UE¹⁵³ et 2014/25/UE¹⁵⁴ sont entrées en vigueur le 17 avril 2014 et doivent être mises en œuvre d'ici à avril 2016 dans les droits nationaux des Etats membres (à l'exception de l'adjudication électronique de mandats, qui devra être introduite en septembre 2018 au plus tard).

La nouvelle directive 2014/24/UE doit permettre entre autres aux pouvoirs adjudicateurs d'utiliser davantage l'adjudication publique de marchés pour soutenir des objectifs économiques communs et de prendre en compte des critères sociaux et écologiques lors des procédures d'adjudication publiques.

5.3 Compatibilité avec les engagements de la Suisse au plan international

La LMP sert à mettre en œuvre dans le droit national les engagements de la Suisse découlant de l'AMP, des accords bilatéraux avec l'UE, de la convention instituant l'AELE et d'autres accords de libre-échange. Ces traités ont pour objectif commun d'harmoniser les procédures d'adjudication au niveau international. Ils fixent donc les principes de la non-discrimination, de la transparence, de l'utilisation économique des deniers publics de même que le déroulement et les définitions des procédures d'adjudication. La révision vise principalement à mettre en œuvre dans le droit national les prescriptions de l'AMP 2012 concernant les traités internationaux. Les commentaires relatifs aux dispositions de la loi expliquent la marge de manœuvre dont dispose le droit national autonome dans chaque cas.

5.4 Forme de l'acte à adopter

Ce projet propose aux Chambres fédérales la modification d'une loi fédérale. Les lois fédérales sont soumises au référendum facultatif en vertu de l'art. 141, al. 1, let. a, Cst.

6 Délégation de compétences législatives

Le projet de loi ne prévoit aucune nouvelle délégation du droit de légiférer au Conseil fédéral. Les délégations du droit de légiférer existant dans les actes en vigueur figurent désormais aux art. 7, al. 3, art. 10, al. 2, art. 24, al. 2, AP-LMP. A l'art. 10, al. 2, AP-LMP, il s'agit d'une forme de délégation qui permet une adaptation rapide des valeurs seuils. Le Conseil fédéral restera autorisé, même après la révision de la LMP, à définir les valeurs seuils par voie d'ordonnance conformément aux prescriptions des accords internationaux.

L'art. 62, al. 1, AP-LMP habilite de manière générale le Conseil fédéral à édicter les dispositions d'exécution. Selon le domaine de réglementation, cette compétence législative est transmise à l'office fédéral responsable des marchés publics.

¹⁵² Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, JO de l'UE L 094 du 28 mars 2014, p. 1.

¹⁵³ 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 de l'UE L 094 du 28 mars 2014, p. 65.

¹⁵⁴ 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 de l'UE L 094 du 28 mars 2014, p. 243.

Ces délégations se justifient dans l'intérêt d'une législation qui se limite à l'essentiel et dans la mesure où il faudrait adapter avec souplesse la mise en œuvre concrète aux expériences faites lors de l'exécution.

7 Mise en œuvre

Si nécessaire, la mise en œuvre s'effectue à l'échelon fédéral au moyen de dispositions d'exécution dans une ordonnance applicable à tous les adjudicateurs soumis au droit fédéral. Le projet d'ordonnance est moins volumineux que l'OMP actuelle, notamment parce que diverses dispositions ont été intégrées dans la loi. Outre des détails sur la durabilité, la procédure d'adjudication de même que la procédure «simple et rapide» introduite par l'avant-projet, la statistique et le choix du droit applicable selon l'art. 5 AP-LMP, il comprend pour l'essentiel des dispositions concernant l'exemption de l'assujettissement au droit des marchés publics, des mesures visant à empêcher la corruption de même que des prescriptions sur la concurrence en matière de planification et de prestations globales.

Annexe I: liste des actes législatifs fédéraux concernant directement ou indirectement les marchés publics

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

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

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

Ordonnance du 24 octobre 2012 sur l'organisation des marchés publics de l'administration fédérale (Org-OMP; RS 172.056.15)

Ordonnance du DEFR du 2 décembre 2013 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour les années 2014 et 2015 (RS 172.056.12)

Ordonnance du 9 décembre 2014 sur l'informatique et la télécommunication dans l'administration fédérale (Ordonnance sur l'informatique dans l'administration fédérale, OIAF; RS 172.010.58)

Ordonnance du DETEC du 18 juillet 2002 sur l'exemption du droit des marchés publics (RS 172.056.111)

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

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

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

Loi fédérale du 4 octobre 1991 relative à la construction de la ligne ferroviaire suisse à travers les Alpes (Loi sur le transit alpin, LTrAlp; RS 742.104)

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

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

La loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021)

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

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

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

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

Ordonnance du 5 avril 2006 sur les finances de la Confédération (OFC; RS 611.01)

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

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

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

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

Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (loi sur le Tribunal fédéral, LTF; RS 173.110)

Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (loi sur le Tribunal administratif, LTAF; RS 173.32)