



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

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

1^{er} avril 2015

Rapport explicatif

concernant la révision de l'ordonnance sur les
marchés publics (AP-OMP)

Table des matières

1 Introduction	4
2 Commentaire des dispositions	5
Art. 3 Développement durable	5
Art. 4 Droit applicable	5
Art. 5 Réciprocité	5
Art. 6 Champ d'application	5
Art. 7 à 10 Demande d'exemption / Consultation / Exemption / Décisions de constatation	5
Art. 11 Mesures contre la corruption	6
Art. 12 Respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs, des conditions de travail et de l'égalité salariale entre femmes et hommes	7
Art. 13 et 14 Droit de regard / Vérification du prix	8
Art. 16 Procédure sur invitation	8
Art. 17 Procédure de gré à gré	9
Art. 18 Description de la prestation	9
Art. 19 Contenu des documents d'appel d'offres	9
Art. 20 Forme juridique des consortiums	9
Art. 21 Communications des soumissionnaires	10
Art. 23 Authentification pour les enchères électroniques	10
Art. 24 Dialogue	10
Art. 25 Documentation	11
Art. 26 Débriefing	11
Art. 27 Conclusion du contrat	12
Art. 29 Droit des soumissionnaires à une indemnité	12
Art. 30 Droits de propriété intellectuelle	12
Art. 31 Liste des soumissionnaires sanctionnés	12
Art. 32 Publications	12
Art. 52 Champ d'application	13
Art. 54 Délais	13
Art. 55 Audience d'instruction	13
Art. 60 Financement et indemnités	14
Art. 63 Abrogation et modification d'autres actes	14
3 Commentaire des annexes	14
Annexe 1 Preuves	14
Annexe 2 Indications minimales dans l'appel d'offres relatif à un concours	14
Annexe 3 Secteurs et secteurs partiels exemptés	14

1 Introduction

La révision de l'Accord de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sur les marchés publics (AMP; RS 0.632.231.422), sur lequel repose la loi fédérale sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.1), est maintenant achevée. La révision totale de la loi implique également une révision de l'ordonnance sur les marchés publics (OMP; RS 172.056.11). L'OMP a déjà été révisée à plusieurs reprises. De plus, nombre d'articles doivent en être supprimés car ils ont été intégrés à l'avant-projet de loi (AP-LMP) dans le respect de la hiérarchie législative. Une révision totale s'impose donc afin d'adapter l'OMP à la nouvelle structure de la loi et ainsi de la rendre plus agréable pour les utilisateurs.

Il est prévu que la nouvelle ordonnance entre en vigueur le [...], en même temps que la nouvelle LMP.

Seuls les articles nouveaux par rapport à l'OMP en vigueur sont commentés. A moins que des modifications de la loi n'impliquent des changements au niveau de l'ordonnance, les dispositions en vigueur ayant fait leurs preuves ont été reprises en substance.

Le principe général énoncé à l'art. 3 AP-LMP, selon lequel, sauf indication contraire, les dispositions s'appliquent aussi bien aux marchés qui entrent dans le champ d'application des accords internationaux qu'à ceux qui n'entrent pas dans ce dernier, est également valable pour le présent avant-projet d'ordonnance (AP-OMP).

2 Commentaire des dispositions

Chapitre 1 Dispositions générales

Art. 3 Développement durable

Le respect des principes du développement durable dans l'utilisation des fonds publics fait partie des buts de l'AP-LMP (art. 1, let. a). Il est nécessaire de mentionner ici ce qui est entendu par développement durable. Cette même notion est reprise comme possible critère d'adjudication à l'art. 33, al. 1, AP-LMP. Il va de soi que la totalité du cycle de vie d'un produit doit être prise en compte pour déterminer si une acquisition respecte ou non les principes du développement durable.

La Conférence des achats de la Confédération (CA) a pour tâche d'encourager le respect des principes du développement durable dans le domaine des acquisitions. De plus, le Conseil fédéral veut acquérir des biens, des services et des ouvrages qui, sur toute leur durée de vie, remplissent des hautes exigences économiques, sociales et écologiques. L'ordre dans lequel les trois dimensions (économique, écologique et sociale) sont mentionnées ne donne aucune indication sur leur importance. Cette disposition ne doit pas être utilisée afin de justifier un protectionnisme et ainsi discriminer les soumissionnaires étrangers.

Art. 4 Droit applicable

Selon le nouvel art. 5, al. 3, AP-LMP, les adjudicateurs soumis à des droits différents qui participent à un marché public commun ont la possibilité de choisir librement le droit auquel ils veulent se soumettre pour la procédure d'adjudication. Il semble avantageux que les adjudicateurs choisissent le droit auquel ils veulent se soumettre pour un certain laps de temps et non pas au cas par cas. Afin de respecter le principe de transparence de la procédure, le droit choisi (fédéral ou cantonal) sera indiqué lors de chaque appel d'offres.

Selon l'art. 5, al. 4, AP-LMP, les entreprises privées ou publiques bénéficiant de droits exclusifs ou spéciaux peuvent choisir de se soumettre soit au droit applicable à leur siège, soit au droit fédéral. Il y a lieu d'appliquer les principes mentionnés ci-dessus quant à la durée et à la publicité.

Art. 5 Réciprocité

Le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) négocie, au nom du Conseil fédéral, les accords de libre-échange. Il tient à jour la liste des accords conclus.

Etant donné que des soumissionnaires de pays non signataires de l'AMP peuvent faire une offre si leur pays offre la réciprocité aux soumissionnaires suisses, il est nécessaire que les soumissionnaires et les adjudicateurs puissent se renseigner sur la mesure dans laquelle un pays accorde la réciprocité à la Suisse (art. 6 AP-LMP).

Chapitre 2 Exemption du droit des marchés publics

Art. 6 Champ d'application

Les possibilités d'exemptions sont étendues aux entités adjudicatrices exerçant une des activités définies à l'art. 4, al. 2, AP-LMP, en accord avec l'annexe 3 de l'appendice I de l'AMP, qui définit les entités passant des marchés selon les dispositions de l'AMP.

Art. 7 à 10 Demande d'exemption / Consultation / Exemption / Décisions de constatation

Ces articles reprennent l'intégralité de l'ordonnance du DETEC du 18 juillet 2002 sur l'exemption du droit des marchés publics, sans modifications matérielles, à une exception près:

l'art. 8, al. 1, AP-OMP prévoit que l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) pourra déposer une demande d'exemption.

Chapitre 3 Principes généraux

Art. 11 Mesures contre la corruption

Les mesures mentionnées dans cet article constituent des exemples de mesures considérées comme appropriées. Il ne s'agit pas d'une liste exhaustive. L'adjudicateur peut prévenir et combattre la corruption non seulement au moyen de ces mesures administratives internes, mais également en intégrant des clauses ad hoc dans ses conditions générales et dans le contrat qu'il conclut avec l'adjudicataire, telles que des clauses relatives au devoir d'intégrité, à des peines conventionnelles ou à des mesures destinées à garantir la légalité des processus. Il peut également inscrire dans le contrat l'obligation pour le mandataire de reprendre ces clauses dans les contrats que celui-ci conclut avec des sous-mandataires.

La Convention des Nations Unies du 31 octobre 2003 contre la corruption (RS 0.311.56) est en vigueur pour la Suisse depuis le 24 octobre 2009. Elle demande à chaque pays de prendre des mesures adéquates. Il en est de même pour d'autres traités internationaux auxquels la Suisse a adhéré (Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et Protocole additionnel). Afin de respecter ses engagements, la Suisse a déjà procédé à une refonte des normes pénales réprimant la corruption d'agents publics nationaux et étrangers et la corruption privée. Ces normes sont actuellement jugées suffisantes pour lutter contre la corruption en matière de marchés publics.

Let. a:

Un conflit d'intérêts peut surgir en particulier lorsqu'une offre est remise par un soumissionnaire avec lequel les collaborateurs de l'adjudicateur ont des liens particulièrement étroits. Constituent de tels liens notamment les relations d'affaires (privées) actuelles ou passées (par ex. relations commerciales, partenariat stratégique, toute forme de participation, rapports de travail), le partenariat (mariage, communauté analogue au mariage), les liens de parenté ou d'alliance, les rapports de dépendance économique ou autre, la camaraderie militaire vieille de plusieurs années. Les collaborateurs qui ont des liens particulièrement étroits avec un soumissionnaire doivent immédiatement en avertir leurs supérieurs.

Let b:

La connaissance par un adjudicateur des intérêts de ses collaborateurs lui permet de choisir en fonction des marchés publics à attribuer les collaborateurs les mieux à même de juger les offres de manière neutre et sans intérêt personnel.

C'est pourquoi les collaborateurs qui participent aux acquisitions doivent périodiquement déclarer par écrit qu'ils n'entretiennent pas de relations privées avec les soumissionnaires (déclaration d'impartialité). Cette déclaration contribue à les sensibiliser à l'importance de l'impartialité et constitue une mesure de prévention de la corruption. L'administration fédérale exige aujourd'hui déjà une telle déclaration d'impartialité. Les collaborateurs des adjudicateurs doivent généralement la signer au moment où ils sont engagés.

Les tiers auxquels les adjudicateurs font appel, par exemple pour l'élaboration des documents d'appel d'offres ou pour l'évaluation des offres, doivent également s'engager à signaler leurs liens d'intérêt en signant une déclaration d'impartialité.

La déclaration d'impartialité peut être de portée générale ou porter sur un projet en particulier.

Let. c:

Les adjudicateurs rendent attentifs, à intervalles réguliers, tous les collaborateurs participant aux procédures de marchés publics aux dispositions de la loi fédérale du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers; RS 172.220.1), au code de comportement de l'administration fédérale et aux autres dispositions pertinentes en vigueur.

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

Al. 1

Le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs, des conditions de travail et de l'égalité salariale entre femmes et hommes est une condition sans limite temporelle, c'est-à-dire qu'elle doit être remplie aussi bien avant l'adjudication que pendant l'exécution d'un marché public. Si des personnes sont engagées spécialement pour le marché en question, il n'est pas possible de contrôler ce respect avant.

L'adjudicateur détermine les preuves que les soumissionnaires doivent fournir (par ex. déclaration, autocontrôle Logib, etc.). L'introduction de moyens de preuve supplémentaires concernant le respect de l'égalité salariale fait l'objet d'une initiative parlementaire en cours de traitement (14.4307 motion Moret: «Preuve du respect de l'égalité salariale par les entreprises soumissionnaires dans les marchés publics»). Les recommandations de la CA¹ en faveur d'achats durables donnent également des indications au sujet des normes sociales à respecter, notamment en ce qui concerne les soumissionnaires étrangers. Les preuves demandées aux soumissionnaires ne limitent en rien les contrôles pouvant être effectués par les autorités. Elles peuvent être demandées par l'adjudicateur et, durant l'exécution du contrat, également par le service demandeur.

Les contrôles relatifs au respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs, des conditions de travail et de l'égalité salariale entre femmes et hommes peuvent également être effectués après l'exécution des obligations contractuelles. Ainsi, les indications d'un soumissionnaire concernant le respect de l'égalité salariale entre femmes et hommes, par exemple, peuvent être vérifiées après la fourniture des prestations. Le contrôle portera cependant en principe sur la période durant laquelle la procédure d'adjudication a été menée et le contrat exécuté.

Al. 2

L'art. 14, al. 1, AP-LMP dispose que, lorsque les prestations sont fournies à l'étranger, il faut respecter au moins les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT). L'AP-OMP reprend la différenciation entre prestations fournies à l'étranger et prestations fournies en Suisse.

Al. 3

L'obligation de respecter les dispositions relatives à la protection des travailleurs, les conditions de travail et l'égalité salariale entre femmes et hommes ne vaut pas seulement durant la procédure d'adjudication, mais est également inscrite dans le contrat que l'adjudicateur conclut avec l'adjudicataire. Celui-ci doit en outre s'engager contractuellement à obliger contractuellement ses éventuels sous-traitants à respecter eux aussi ces dispositions et ces conditions de travail et de salaire. Les peines conventionnelles ont un effet dissuasif sur les soumissionnaires. Elles doivent donc être la règle dans la passation des marchés publics. Par ailleurs, il convient de renvoyer ici à la loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (loi sur les travailleurs détachés, LDét; RS 823.20). L'art. 5 LDét

¹ Achats durables, recommandations aux services d'achat de la Confédération, juin 2014, ch. 2.

prévoit que, dans le cas de travaux exécutés dans les secteurs de la construction, du génie civil et du second œuvre, l'entrepreneur principal répond solidairement du non-respect par ses sous-traitants des salaires minimaux nets et des conditions de travail. Cette règle s'applique également dans le domaine des marchés publics.

Al. 4

Cet alinéa correspond à l'actuel art. 6, al. 4, OMP. Il a été simplement adapté au niveau linguistique.

Art. 13 et 14 Droit de regard / Vérification du prix

Ces deux articles codifient la pratique actuelle établie par la directive du Département fédéral des finances du 28 décembre 2009 concernant les accords sur le droit de regard dans le cadre des marchés publics de la Confédération.

Chapitre 4 Procédures d'adjudication

Art. 16 Procédure sur invitation

Al. 1

Lors d'une procédure sur invitation, l'adjudicateur respecte également les principes généraux applicables, tels que l'utilisation parcimonieuse des fonds publics, la transparence, l'égalité de traitement des soumissionnaires et la promotion d'une concurrence efficace. Par conséquent, de même qu'il définit l'objet du marché, les spécifications techniques, les critères d'aptitude ainsi que des critères d'adjudication permettant une comparaison et une notation des offres avant qu'il ne lance un appel d'offres, il définit ces points avant de lancer les invitations à présenter une offre et communique ces informations aux soumissionnaires en même temps que l'invitation. Les processus d'évaluation et d'adjudication doivent être retracés de manière appropriée et compréhensible dans un rapport interne.

Al. 2

La notion de région économique ne doit pas être assimilée à la commune, au territoire de la ville ou au district. On peut toutefois supposer qu'un soumissionnaire ayant son siège ou sa succursale dans un canton autre que celui de l'adjudicateur se trouve dans une autre région économique.

Pour faire suite aux recommandations de l'étude concernant les barrières linguistiques dans le domaine des marchés publics de l'administration fédérale, le Conseil fédéral a décidé le 30 avril 2014 qu'il convenait d'introduire l'obligation de demander dans la mesure du possible une offre à un soumissionnaire provenant d'une autre région linguistique, afin que les différentes régions linguistiques soient représentées de manière plus équitable. Dans le but de mettre en œuvre diverses interventions parlementaires, cette obligation a été inscrite dans l'AP-OMP. Celui-ci permet donc de liquider les interventions parlementaires suivantes:

- 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. Equité entre les régions linguistiques. (N, 19.09.2012, Hodgers)

Afin de respecter l'exigence concernant la représentation de différentes régions linguistiques, les adjudicateurs peuvent tenir compte d'offres provenant de pays avec lesquels la Suisse a conclu des accords de libre-échange.

Al. 3

Il est prévu que les adjudications liées à des procédures sur invitation et portant sur des marchés d'une valeur égale ou supérieure à 150 000 francs pourront faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral, recours qui sera examiné dans le cadre d'une procédure simple et rapide. C'est pourquoi les adjudications de marchés d'une valeur égale ou supérieure à 150 000 francs devront être notifiés par publication sur www.simap.ch ou par notification individuelle (voir art. 53 AP-LMP).

Art. 17 Procédure de gré à gré

La procédure de gré à gré faisant l'objet d'une réglementation suffisante à l'art. 23 AP-LMP, il n'est pas nécessaire d'introduire des informations complémentaires dans l'AP-OMP. Ce dernier précise uniquement la condition à laquelle la procédure de gré à gré peut être utilisée pour les marchés passés à des fins de défense visés à l'art. 11, let. b, AP-LMP.

Art. 18 Description de la prestation

Cet article reprend l'actuel art. 16a, OMP, à l'exception de l'al. 4, qui a été repris en substance à l'art. 34, al. 3, AP-LMP. Ce qui a été dit au sujet de la description finale ou fonctionnelle dans le rapport explicatif sur la modification de l'OMP du 1^{er} janvier 2010 reste actuel, à savoir:

«L'adjudicateur peut renoncer à décrire précisément la prestation qu'il souhaite acquérir et indiquer uniquement le but que les offres doivent permettre d'atteindre (cf. art. VI:2, let. a, AMP). Cette description "finale" ou "fonctionnelle" sert par exemple dans les cas où l'adjudicateur entend mobiliser le savoir technique et la créativité des soumissionnaires potentiels pour préciser concrètement la prestation à acheter. Ce type d'appel d'offres peut notamment s'utiliser pour rechercher diverses solutions ou approches envisageables ou en cas d'autres projets d'acquisition complexes. Une simple description du but visé encourage l'esprit d'innovation des soumissionnaires. Comme les soumissionnaires ont éventuellement droit à une indemnité pour leurs travaux (cf. art. 23, al. 1²) et que la comparaison des offres est exigeante, l'adjudicateur devrait faire preuve de retenue dans l'usage de la description "finale" ou "fonctionnelle" (cf. al. 3³ ainsi que le rapport de consultation, à propos de l'art. 21, al. 2, AP LMP⁴).»

Art. 19 Contenu des documents d'appel d'offres

Al. 2

Tout en représentant une codification de la pratique actuelle, cet alinéa reprend l'idée de l'actuel art. 17, al. 3, OMP. Cette prescription évite de favoriser un soumissionnaire par la transmission d'informations supplémentaires et respecte ainsi le principe de l'égalité de traitement.

Le temps nécessaire pour répondre aux questions portant sur les documents d'appel d'offres dépend de la complexité de l'objet du marché et du nombre de questions posées. En principe, les réponses devraient être mises à la disposition des soumissionnaires dans un délai de cinq à sept jours ouvrables.

Art. 20 Forme juridique des consortiums

Il est nécessaire pour des soumissionnaires voulant potentiellement former un consortium de savoir à l'avance si celui-ci doit avoir une forme juridique particulière. Si tel est le cas, cela

² Correspond à l'art. 29, al. 1, AP-OMP.

³ Correspond à l'art. 29, al. 2, AP-OMP.

⁴ Avant-projet concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics: rapport sur les résultats de la procédure de consultation, 18 novembre 2009, p. 12 (disponible sous <http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1606/Ergebnis.pdf>, état 20.02.2015).

doit, comme tous les éléments nécessaires à la présentation d'une offre, être mentionné dans l'appel d'offres.

Art. 21 Communications des soumissionnaires

Pour faire suite aux recommandations de l'étude concernant les barrières linguistiques dans les marchés publics de l'administration fédérale, le Conseil fédéral a décidé le 30 avril 2014 qu'il fallait permettre aux soumissionnaires de communiquer dans les langues officielles de la Suisse dans les procédures d'appel d'offres. Par contre, les adjudicateurs sont libres de communiquer dans la langue de la procédure, même si celle-ci est autre. Ils doivent cependant respecter l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, indépendamment de la langue dans laquelle ceux-ci ont transmis leurs documents.

Les langues officielles de la Suisse n'étant pas les mêmes que celles de l'OMC, il est nécessaire de préciser qu'il s'agit de celles de la Suisse.

Cette disposition laisse la possibilité aux adjudicateurs d'accepter des communications dans d'autres langues que les langues officielles de la Suisse. Il peut d'ailleurs être judicieux pour des projets à l'étranger d'accepter également la langue locale.

Art. 23 Authentification pour les enchères électroniques

L'usage des signatures électroniques permet une authentification sûre des intervenants et limite les risques d'abus. L'obtention d'une signature électronique peut être relativement contraignante pour un soumissionnaire étranger même si rien ne l'empêche d'acquérir une signature électronique suisse. De plus, il n'existe pour l'heure aucune reconnaissance des signatures électroniques émises dans d'autres Etats. C'est pourquoi il faut laisser ouverte la possibilité aux adjudicateurs de régler d'une autre manière l'identification, par exemple au moyen de login.

La loi sur la signature électronique est actuellement en cours de révision auprès du Parlement. La loi révisée offrira de nouveaux moyens d'identification, plus simples mais tout aussi sûrs, et permettra également que l'identification soit basée sur une société et non plus sur une personne physique.

Art. 24 Dialogue

Les coûts engendrés par le dialogue ainsi que le temps investi aussi bien du côté des adjudicateurs que des soumissionnaires font qu'il est un instrument judicieux pour les appels d'offres pour lesquels il n'y a qu'un nombre restreint de soumissionnaires ou pour lesquels leur nombre a déjà été réduit à un niveau raisonnable, par exemple dans une procédure sélective. En effet, dans une telle procédure, le nombre de soumissionnaires potentiels a déjà été réduit suite à la vérification des critères d'aptitude.

Al. 1

La concurrence est favorisée par le fait de mener un dialogue avec plusieurs soumissionnaires potentiels. Le nombre de soumissionnaires choisis, au moins trois, correspond à celui qui est défini déjà actuellement pour la procédure sélective et pour la procédure sur invitation.

Al. 2

Les solutions ou procédés développés par un soumissionnaire dans le cadre du dialogue ne doivent être ni divulgués aux autres soumissionnaires ni utilisés par l'adjudicateur sans le consentement exprès du soumissionnaire concerné, cela afin de respecter les secrets d'affaires et les droits de propriété intellectuelle. De plus, il s'agit de préserver la volonté des soumissionnaires de participer à des dialogues. S'ils savent que leurs travaux sont utilisés par des tiers, il y a de fortes chances qu'ils ne veuillent plus participer au développement de solutions ou de procédés. Le consentement exprès du soumissionnaire peut soit être recueilli

dans le cadre du dialogue et être inscrit dans le procès-verbal tenu à cette occasion, soit faire l'objet d'un courrier.

Il est possible d'acquérir, en accord avec l'art. 28, al. 2, let. b, AP-LMP, les solutions ou procédés développés afin de pouvoir les utiliser ultérieurement.

Al. 3

Le dialogue a lieu dans le cadre d'une procédure définie (ouverte, sélective, sur invitation ou de gré à gré). Il n'y a pas lieu de déroger aux délais usuels.

Les délais définitifs sont indiqués dans l'appel d'offres ou tout au moins un laps de temps est défini. Il est pertinent de recourir à des délais échelonnés pour respecter l'égalité de traitement. Ainsi, tous les soumissionnaires auront le même temps à disposition pour remettre leurs documents et pour préparer les phases suivantes du dialogue.

Al. 4

Outre le temps passé à développer des solutions et des procédés, la présence de plusieurs collaborateurs est nécessaire au bon déroulement du dialogue. En pratique, il est difficilement envisageable que des soumissionnaires investissent les moyens nécessaires sans contrepartie aucune. En fonction du temps investi dans le dialogue, une indemnisation pour la participation au dialogue semble adéquate pour maintenir l'intérêt des soumissionnaires à investir leurs ressources dans le développement de solutions ou de procédés. Toutefois, l'adjudicataire n'a droit à aucune indemnité pour sa participation au dialogue. En cas de révocation de l'adjudication, le soumissionnaire n'est plus considéré comme adjudicataire. Il peut alors prétendre à une indemnité, à condition qu'il ne soit pas à l'origine de la révocation de l'adjudication. Concernant la question de l'indemnisation, nous renvoyons également à la notice de la CA relative à la rémunération liée au dialogue (édition de mai 2014).

Al. 5

Il vaut la peine de conclure avec les soumissionnaires une convention réglant toutes les modalités du dialogue. Les personnes du côté du soumissionnaire devant impérativement participer au dialogue ainsi que le déroulement précis du dialogue sont des éléments devant être contenus dans cette convention. On entend par *module* les différentes phases d'un même dialogue. Toujours pour respecter l'égalité de traitement entre soumissionnaires, les conventions régissant le dialogue conclues dans le cadre d'une même procédure doivent avoir un contenu identique.

Al. 6

L'acceptation de la convention régissant le dialogue est une condition nécessaire au respect de l'égalité de traitement.

Art. 25 Documentation

Le rapport sur l'évaluation des offres permet de retracer de manière compréhensible le processus ayant conduit à l'adjudication. Il rend celle-ci transparente, vu qu'il permet de juger si l'adjudicateur a évalué les offres de manière objective et dans le respect des prescriptions et si le marché a été adjugé au soumissionnaire qui remplit le mieux les critères.

Art. 26 Débriefing

Se déroulant peu de temps après l'adjudication, le débriefing consiste en une rencontre avec les soumissionnaires n'ayant pas obtenu l'adjudication. L'adjudicateur explique les raisons ayant conduit au rejet de l'offre. Cela permet souvent d'éviter qu'un soumissionnaire interjette un recours. Le soumissionnaire peut également en tirer profit pour des offres futures.

Art. 27 Conclusion du contrat

Comme dans l'actuel art. 29, al. 2, OMP, on entend par *autre forme* la forme électronique, par exemple l'échange de courriers électroniques (voir art. 38, al. 2, AP-LMP). Dans des situations d'urgence telles que des opérations de sauvetage, il est envisageable que la conclusion du contrat intervienne par téléphone, bien que celle-ci soit généralement confirmée ensuite par écrit, au moins par courrier électronique.

Art. 29 Droit des soumissionnaires à une indemnité

Cet article a été modifié tant au niveau de la formulation qu'au niveau du contenu. Sur le plan du contenu, la disposition selon laquelle les soumissionnaires n'ont en principe droit à aucune indemnité a été précisée en indiquant que cela vaut pour la participation à une procédure de marché public (al. 1). Des exceptions sont prévues pour les prestations préalables qui représentent une charge de travail supplémentaire par rapport à celle habituellement liée à la participation à une procédure et qui ne sont usuellement fournies que contre rémunération, tels que les travaux d'étude préliminaires (al. 2). Il incombe à l'adjudicateur de fixer le montant et les modalités de l'indemnisation. Ces modalités ou, le cas échéant, l'absence d'indemnisation doivent être indiquées dans les documents d'appel d'offres.

Art. 30 Droits de propriété intellectuelle

La disposition relative aux droits de propriété intellectuelle a été adaptée sur le plan formel. L'une des modifications au niveau du contenu est l'ajout de l'al. 3. Par analogie avec l'art. 17 de la loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA; RS 231.1), cet alinéa dispose que les droits de propriété intellectuelle naissant de l'exécution d'un marché public, tels que les droits d'auteur sur les logiciels, appartiennent en principe à l'adjudicateur. Ainsi, cet alinéa ne règle pas uniquement le transfert des droits de propriété intellectuelle préexistants, comme le fait l'OMP en vigueur, mais également le transfert des droits de propriété intellectuelle qui naissent de l'exécution d'un marché public. Par conséquent, le titre de l'article a été modifié. Le nouvel alinéa était nécessaire en particulier pour régler les droits d'utilisation et d'exploitation des droits de propriété intellectuelle non préexistants et pour supprimer la dépendance de la Confédération par rapport au mandataire. Une telle dépendance nuit à la concurrence et contrevient aux principes du droit des marchés publics, notamment au principe du renforcement de la concurrence.

Art. 31 Liste des soumissionnaires sanctionnés

Pour plus de clarté le contenu de la liste des soumissionnaires sanctionnés tenue par la CA a été précisé à l'al. 2. Cette liste doit être centralisée et disponible en tout temps pour les adjudicateurs (al. 3). Par ailleurs, les soumissionnaires peuvent demander s'ils y figurent ou non (al. 4).

Al. 3

Lors de la transmission des données, il faut respecter la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD; RS 235.1).

Chapitre 5 Publications et statistiques

Art. 32 Publications

Al. 2 et 3

L'al. 2 indique quels sont les marchés adjugés devant faire l'objet d'une liste destinée à être publiée alors que l'al. 3 détermine, notamment par l'intermédiaire du renvoi à l'art. 50, al. 4, AP-LMP, quelles sont les indications devant figurer dans cette liste.

Ces deux alinéas sont le résultat de la mise en œuvre de la motion Graf-Litscher⁵ au sujet de la publication des informations clés concernant tous les marchés d'un montant de plus de 50 000 francs. Le but est de renforcer la transparence et de permettre ainsi de prévenir les abus. La CA centralise toutes les informations provenant de tous les adjudicateurs afin d'en faire une liste unique qu'elle publiera sur www.simap.ch, sous une forme permettant une lecture automatisée.

Comme il ne s'agit pas ici de créer un nouvel instrument de contrôle en sus du controlling des achats visé à l'art. 12, al. 1, de l'ordonnance du 24 octobre 2012 sur l'organisation des marchés publics de l'administration fédérale (RS 172.056.15), les adjudicateurs restent responsables de l'exactitude des données transmises.

Le principe de confidentialité mentionné à l'art. 13, let. d, AP-LMP vaut aussi pour ces publications.

Chapitre 6 Concours d'études et concours portant sur les études et la réalisation

La seule modification matérielle par rapport à l'OMP en vigueur concerne l'art. 44, al. 4 (correspondant à l'actuel art. 50, al. 4). Elle consiste à faire valoir pour les membres du jury et les experts les motifs de récusation définis dans l'AP-LMP.

Chapitre 7 Procédure simple et rapide

Dans le cadre de l'harmonisation des législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics, une proposition de compromis a été élaborée en ce qui concerne les voies de droit. L'AP-LMP dispose que les décisions concernant les marchés dont la valeur est égale ou supérieure à 150 000 francs et qui ne sont pas soumis aux accords internationaux peuvent faire l'objet d'un recours qui sera examiné dans le cadre d'une procédure simple et rapide. Les détails concernant la procédure simple et rapide sont réglés au chapitre 7. Lorsqu'un recours est déposé, l'adjudicateur a la possibilité de faire part de ses observations. Le juge unique organise ensuite une audience d'instruction. Cette audience a pour but premier de concilier les parties. Lorsque la tentative de conciliation échoue, le juge rend une décision.

Art. 52 Champ d'application

Les recours contre les décisions visées à l'art. 55, al. 1, let. g, AP-LMP sont exclus du champ d'application de la présente disposition. La procédure simple et rapide n'est donc pas applicable en cas de recours contre le prononcé d'une sanction. De tels recours sont soumis à une procédure ordinaire.

Art. 54 Délais

Al. 3

La renonciation de l'adjudicateur à faire part de ses observations doit être expresse afin d'éviter tout malentendu.

Art. 55 Audience d'instruction

Al. 2

La conciliation ne doit pas porter en premier lieu sur des arrangements financiers concernant une indemnisation pour les frais liés à l'élaboration de l'offre.

⁵ 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 (14.3045, Graf-Litscher).

Chapitre 8: Autorité de surveillance

Art. 60 Financement et indemnités

Al. 2

Cette disposition a été modifiée sur le plan de la formulation pour plus de clarté. Elle ne présente aucune modification au niveau du contenu.

Chapitre 9: Dispositions finales

Art. 63 Abrogation et modification d'autres actes

Al. 1

L'OMP étant totalement révisée, l'OMP du 11 décembre 1995 doit être abrogée.

Al. 2

L'ordonnance du DETEC du 18 juillet 2002 sur l'exemption du droit des marchés publics ayant été intégrée à l'AP-OMP, elle n'a plus lieu d'être.

Al. 3

L'obligation de signaler les entraves à la libre concurrence est inscrite à l'art. 47, al. 2, AP-LMP. L'article correspondant de l'ordonnance du 24 octobre 2012 sur l'organisation des marchés publics de l'administration fédérale peut donc être abrogé.

3 Commentaire des annexes

Annexe 1 Preuves

L'annexe 1 reprend en intégralité l'annexe 3 de l'OMP en vigueur, avec quelques modifications touchant la formulation en français. De plus, le ch. 6 a été complété de sorte que la déclaration mentionnée porte non seulement sur le respect des conditions de travail, mais également sur le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et de l'égalité salariale entre femmes et hommes.

Annexe 2 Indications minimales dans l'appel d'offres relatif à un concours

L'annexe 2 reprend en intégralité l'annexe 6 de l'OMP en vigueur, avec quelques modifications touchant la formulation.

Annexe 3 Secteurs et secteurs partiels exemptés

L'annexe de l'ordonnance du DETEC du 18 juillet 2002 sur l'exemption du droit des marchés publics est intégralement reprise ici.