INÖB AIMP OIAP

Révision de l'Accord Intercantonal sur les Marchés Publics (AIMP)

du 15 novembre 2019

Message type

Version 1.3 du 8 septembre 2022

Autorité intercantonale pour les marchés publics AIMP

Maison des cantons
Speichergasse 6
Case postale, 3001 Berne

Tél 031 320 16 90
info@dtap.ch
www.dtap.ch

Table des matières

1	**Condensé**	**5**
1.1	Contexte	5
1.2	Objectifs et contenu du projet	5
1.3	Portée économique de la révision	6
2	**Présentation du projet**	**7**
2.1	Contexte	7
2.1.1	Révision de l'accord de l'OMC sur les marchés publics	7
2.1.2	Nécessité d'adapter le droit national	8
2.1.3	Bases du droit suisse des marchés publics	9
2.1.4	Différences entre le droit fédéral et le droit cantonal	10
2.1.5	Motifs de la révision	11
2.2	Dispositif proposé	11
2.2.1	Travaux préliminaires	11
2.2.2	Objectifs du projet de révision de l'Accord intercantonal	12
2.2.3	Principales nouveautés	14
2.3	Résultats de la procédure de consultation	15
2.4	Appréciation de la solution retenue	19
2.5	Délibérations du Parlement fédéral	20
2.6	Consultation définitive auprès des cantons	22
3	**Commentaire des dispositions**	**24**
Chapitre 1	Objet, but et définitions	24
Art. 1	Objet	24
Art. 2	But	24
Art. 3	Définitions	26
Chapitre 2	Champ d'application	27
Art. 4	Adjudicateurs	28
Art. 5	Droit applicable	30
Art. 6	Soumissionnaires	31
Art. 7	Exemption	32
Art. 8	Marché public	33
Art. 9	Délégation de tâches publiques et octroi de concessions	35
Art. 10	Exceptions	37
Chapitre 3	Principes généraux	41
Art. 11	Principes régissant la procédure	41
Art. 12	Respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs, des conditions de travail, de l'égalité salariale entre femmes et hommes et du droit de l'environnement	43
Art. 13	Récusation	48
Art. 14	Préimplication	49
Art. 15	Détermination de la valeur du marché	50
Chapitre 4	Procédures d'adjudication	52

Art. 16	Valeurs seuils	52
Art. 17	Types de procédures	53
Art. 18	Procédure ouverte	54
Art. 19	Procédure sélective	54
Art. 20	Procédure sur invitation	55
Art. 21	Procédure de gré à gré	55
Art. 22	Concours et mandats d'étude parallèles	59
Art. 23	Enchères électroniques	59
Art. 24	Dialogue	61
Art. 25	Contrats-cadres	63
Chapitre 5	Conditions d'adjudication	65
Art. 26	Conditions de participation	66
Art. 27	Critères d'aptitude	67
Art. 28	Listes	68
Art. 29	Critères d'adjudication	69
Art. 30	Spécifications techniques	72
Art. 31	Communautés de soumissionnaires et sous-traitants	73
Art. 32	Lots et prestations partielles	74
Art. 33	Variantes	75
Art. 34	Exigences de forme	76
Chapitre 6	Déroulement de la procédure d'adjudication	76
Art. 35	Contenu de l'appel d'offres	76
Art. 36	Contenu des documents d'appel d'offres	77
Art. 37	Ouverture des offres	77
Art. 38	Examen des offres	78
Art. 39	Rectification des offres	79
Art. 40	Évaluation des offres	80
Art. 41	Adjudication	81
Art. 42	Conclusion du contrat	82
Art. 43	Interruption de la procédure d'adjudication	83
Art. 44	Exclusion de la procédure et révocation de l'adjudication	84
Art. 45	Sanctions	87
Chapitre 7	Délais et publications, statistiques	89
Art. 46	Délais	89
Art. 47	Réduction des délais pour les marchés soumis aux accords internationaux	90
Art. 48	Publications	91
Art. 49	Conservation des documents	92
Art. 50	Statistiques	93
Chapitre 8	Voies de droit	94
Art. 51	Notification des décisions	94
Art. 52	Recours	95

Art. 53	Objets du recours	95
Art. 54	Effet suspensif	97
Art. 55	Droit applicable	98
Art. 56	Délai et motifs de recours, qualité pour recourir	98
Art. 57	Consultation des pièces	99
Art. 58	Décision sur recours	100
Art. 59	Révision	100
Chapitre 9	Autorités	101
Art. 60	Commission des marchés publics Confédération-cantons	101
Art. 61	Autorité intercantonale	102
Art. 62	Contrôles	103
Chapitre 10	Dispositions finales	103
Art. 63	Adhésion, dénonciation, modification et annulation	103
Art. 64	Droit transitoire	104
Art. 65	Entrée en vigueur	104
4	**Conséquences pour les cantons**	**105**
4.1	Conséquences financières	105
4.2	Conséquences personnelles	105
5	**Aspects juridiques**	**106**
5.1	Constitutionnalité	106
5.2	Compatibilité avec les engagements internationaux	106
6	**Annexes**	**106**
6.1	Texte du concordat	106
6.2	Annexes 1–4	106
6.3	Loi d’adhésion type avec des exemples (projet séparé)	106
6.4	Document de comparaison LMP / AIMP (projet séparé)	106
7	**Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP)**	**107**
8	**Annexe 1**	**135**
9	**Annexe 2**	**137**
10	**Annexe 3**	**138**
11	**Annexe 4**	**139**

1 Condensé

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

1.1 Contexte

Formellement adopté le 30 mars 2012, l'accord révisé de l'OMC sur les marchés publics (AMP 2012) est entré en vigueur le 6 avril 2014, après que le quorum des États signataires eut été atteint. La révision de l'accord de 1994 (AMP 1994), auquel la Suisse a adhéré le 1er janvier 1996, élargit le champ d'application de l'accord, simplifie et modernise le texte et réglemente l'utilisation de moyens électroniques. Tous les États parties à l'accord sont tenus de mettre en œuvre les modifications de ce dernier dans leur droit national. La Suisse ne ratifiera l'AMP 2012 qu'après avoir rempli cette obligation.

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

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

1.2 Objectifs et contenu du projet

Le projet vise à mettre l'AMP 2012 en œuvre à l'échelon des cantons ainsi qu'à harmoniser autant que possible, dans le respect de la répartition des compétences entre Confédération et cantons, les législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics. Cette harmonisation constitue une importante nouveauté. L'Accord intercantonal sur les marchés publics a été doté d'une nouvelle structure moderne et a été remanié du point de vue linguistique. Les réglementations éprouvées ont été conservées, des définitions nouvelles ont été introduites et diverses dispositions figurant dans les anciennes directives d'exécution de l'AIMP (DEMP) ont été intégrées dans l'Accord. Pour les cantons, les modifications matérielles concernent essentiellement les questions de l'assujettissement (par ex. l'assujettissement de la délégation de certaines tâches publiques et de l'octroi de certaines concessions), de l'éventail des instruments disponibles et celle des marchés complémentaires.

Comme jusqu'à présent, le projet d'Accord fait une distinction entre «marchés soumis aux accords internationaux», c'est-à-dire les marchés soumis aux accords dont découlent les engagements internationaux de la Suisse en matière de marchés publics, et «marchés non soumis aux accords internationaux», c'est-à-dire les marchés qui sont régis exclusivement par le droit interne.

1.3 Portée économique de la révision

Le montant total des paiements effectués en relation avec les marchés publics conclus en Suisse est estimé à quelque 41 milliards de francs par année (qui se répartissent à raison de 20 % pour la Confédération et de 80 % pour les cantons et communes).

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

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

2 Présentation du projet

2.1 Contexte

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

L'Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics[1] (ci-après «AMP 1994») de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) est entré en vigueur, notamment en Suisse, le 1er janvier 1996. À ce jour, 48 membres de l'organisation ont adhéré à cet accord, parmi lesquels les 28 États actuellement membres de l'Union européenne (UE). Selon la terminologie de l'OMC, il s'agit d'un accord plurilatéral dans le sens qu'il engage non pas tous les États membres de l'organisation, mais uniquement ceux qui l'ont signé. La Suisse figure parmi les premiers États signataires.

L'AMP constitue le fondement juridique des dispositions relatives aux marchés publics figurant dans les accords de libre-échange de deuxième génération (Chili, Mexique, Colombie, Pérou, États du Golfe, Ukraine, Panama, Costa Rica, etc.), de l'accord entre la Suisse et l'UE sur les marchés publics (ci-après «accord entre la Suisse et l'UE»)[2] ainsi que de la convention de l'AELE[3]. Considéré comme un facteur essentiel de la libéralisation du commerce international, il règle l'accès aux marchés publics et fixe les principes de leur libéralisation, à savoir:

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

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

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

Tant l'AMP que les législations nationales en matière de marchés publics concentrent bon nombre d'attentes publiques et privées. Il s'agit de protéger les besoins particuliers des pays en développement. Les exigences en matière de protection de l'environnement, de respect des normes sociales minimales ou de promotion des petites et moyennes entreprises (PME) ont également trouvé leur place dans le droit des marchés publics. Cela ne doit cependant pas occulter l'origine de l'AMP et sa fonction de réglementation. L'AMP doit ouvrir les marchés et garantir qu'ils sont accessibles sans discrimination. Les

---

[1] RS **0.632.231.422**
[2] Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics, RS **0.172.052.68**.
[3] Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de libre-échange (AELE), RS **0.632.31**.

questions du développement durable ou de la promotion des PME ont certes été discutées lors des travaux de révision, mais elles seront finalement traitées dans le cadre des programmes de travail spéciaux décrits dans la décision de la Conférence des ministres du 15 décembre 2011[4].

En 1997, se fondant sur l'art. XXIV, par. 7, let. a, b et c, AMP 1994, les États membres ont ouvert des négociations portant sur la révision de l'accord, qui ont duré jusqu'en décembre 2011 et se sont achevées formellement le 30 mars 2012. Cette dernière visait en priorité l'amélioration des conditions-cadres de concurrence. Pour atteindre cet objectif, on a misé principalement sur une transparence accrue et sur une lutte systématique contre la corruption, qui fausse la concurrence. On s'est également concentré sur une simplification et une clarification du texte, sur l'adaptation à l'évolution technique, en particulier dans le domaine des instruments électroniques, et sur l'élargissement du champ d'application à la fois subjectif et objectif de l'accord. L'AMP 2012 couvre par exemple de manière explicite les enchères électroniques et reconnaît l'atteinte d'objectifs environnementaux comme critère d'évaluation. De plus, il clarifie les règles d'adhésion de nouveaux membres, ce qui devrait faciliter l'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 80 à 100 milliards de dollars par an. Pour ce qui est des soumissionnaires suisses, elle leur permet d'accéder à de nouveaux marchés notamment dans les provinces canadiennes et dans certaines régions urbaines du Japon ainsi qu'aux marchés des transports publics urbains en Israël et en Corée. De plus, donnant suite aux requêtes d'autres États membres en matière d'accès au marché, la Suisse a accepté, moyennant réciprocité, d'étendre l'obligation de lancer des appels d'offres à certains services. Par ailleurs, elle a levé les réserves limitant l'accès à son marché pour les États membres de l'AMP qui lui ont garanti une égalité de traitement. C'est ainsi que les soumissionnaires canadiens, par exemple, ont été autorisés à répondre aux appels d'offres des cantons après que le Canada s'est déclaré disposé à garantir à la Suisse l'accès aux marchés publics de ses provinces. La Suisse et le Canada se sont en outre mutuellement donné accès à leurs marchés portant sur des machines destinées à certaines industries spécialisées (par ex. production et distribution de gaz) ainsi que sur le matériel informatique et les logiciels.

2.1.2 Nécessité d'adapter le droit national

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

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

En principe, les traités internationaux et les obligations qui en découlent sont valables en Suisse sans devoir être transposés dans la législation nationale. Pour les droits des particuliers, ce principe ne vaut toutefois qu'à la condition que les dispositions des traités internationaux qui fondent ces droits soient directement applicables (normes *self-executing*). Selon le Tribunal fédéral, une norme de droit international est réputée directement applicable si elle concerne les droits et les obligations de particuliers et si elle est justiciable, c'est-à-dire suffisamment précise et claire pour fonder une décision dans un cas d'espèce. Si elle s'adresse en outre à des autorités chargées d'appliquer le droit, celles-ci peuvent alors 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 1994[5]. Si une norme de droit international s'adresse en revanche en priorité à la partie contractante (norme *non-self-executing*), elle doit être transposée dans la législation nationale.

Comme l'AMP 1994, l'AMP 2012 comprend aussi bien des dispositions directement applicables que des principes devant être concrétisés. Le message relatif à la révision de l'AMP contient une liste des dispositions contraignantes de l'accord. Il renseigne par ailleurs en détail sur les modifications qui sont apportées aux législations fédérale et cantonales par suite de la révision de l'AMP et en particulier des sept annexes de l'appendice I[6].

2.1.3 Bases du droit suisse des marchés publics

Les cantons ont mis en œuvre l'AMP de façon autonome par l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 / 15 mars 2001 sur les marchés publics (AIMP)[7] et par les législations d'exécution cantonales reprenant entièrement ou en partie les directives d'exécution de l'AIMP (DEMP)[8]. Par ailleurs, la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI)[9] énonce à l'art. 5 des dispositions générales applicables aux marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales.

L'accord entre la Suisse et l'UE, entré en vigueur le 1er juin 2002, a conduit à des révisions partielles non seulement du droit fédéral, notamment de l'ordonnance du 11 décembre 1995[10] sur les marchés publics (OMP), mais également de l'AIMP. Il a, d'une part, étendu le champ d'application de l'AMP aux districts et aux communes suisses et, d'autre part, soumis à l'AMP les marchés publics relevant des secteurs des transports ferroviaires, des télécommunications et de l'approvisionnement en gaz et en eau, ainsi que les marchés d'entreprises privées opérant dans les secteurs de l'approvisionnement en eau et en électricité et des transports.

En ratifiant la convention de l'AELE et sa version consolidée du 21 juin 2001, la Suisse a étendu aux autres États membres de l'AELE l'ouverture réciproque des marchés publics visée dans l'accord entre la Suisse et l'UE. Elle a en outre conclu à ce jour un nombre considérable d'accords bilatéraux de libre-échange, par exemple avec le Chili et le Pérou.

---

[5] Par ex. l'arrêt 2P.151/1999 du 30 mai 2000.
[6] Voir le message relatif à la révision de l'AMP, tableaux I et II.
[7] Le texte de cet accord peut être consulté à l'adresse suivante: www.dtap.ch > Concordats > AIMP.
[8] Le texte de ces directives peut être consulté à l'adresse suivante: www.dtap.ch > Concordats > AIMP > PDF Directives d'exécution (DEMP).
[9] RS **943.02**
[10] RS **172.056.1**

Étant donné que certains accords de libre-échange conclus avec des États tiers et contenant des dispositions relatives aux marchés publics ont été négociés sur la base des règles de l'AMP 2012 (Colombie, Pérou, États du Golfe, Ukraine, Panama, Costa Rica, etc.), le droit révisé des marchés publics met également en œuvre les obligations découlant de ces accords.

Le droit des marchés publics est complété notamment par la LMI déjà évoquée et par la loi du 6 octobre 1995 sur les cartels (LCart)[11]. À l'interdiction de discriminer les soumissionnaires issus d'États signataires de l'AMP ou membres de l'UE/AELE par rapport aux soumissionnaires suisses, la LMI, qui, en ce qui concerne les marchés publics, ne s'applique qu'aux cantons, aux communes et aux autres organes assumant des tâches cantonales ou communales, ajoute l'interdiction de discriminer les soumissionnaires suisses externes par rapport aux soumissionnaires suisses locaux. La LCart est importante tant pour la Confédération que pour les cantons et les communes pour ce qui concerne les cartels de soumissions et autres ententes ou pratiques concertées entre soumissionnaires.

2.1.4 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 suivants[12]: champ d'application subjectif et objectif, valeurs seuils, exigences relatives aux appels d'offres, critères de sélection (distinction entre critères d'aptitude et critères d'adjudication et leur pondération), ouverture des offres, négociation du prix (était jusqu'à présent admise au niveau fédéral, mais non au niveau cantonal), exclusion de la procédure en cours et des procédures à venir, prise en compte de critères dits étrangers au marché – par exemple des critères motivés par des considérations sociopolitiques –, justification des adjudications et voies de droit.

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

---

[11] RS **251**

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

Ces différences accroissent la complexité du droit des marchés publics et sont une source d'incertitudes pour les participants aux procédures. Les PME ne sont pas les seules à faire remarquer que la situation juridique actuelle au niveau de la Confédération et des cantons est non seulement 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. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF)[13], le Tribunal fédéral constitue cependant en principe la dernière autorité judiciaire commune.

2.1.5 Motifs de la révision

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

Le 21 mars 2012, le Conseil fédéral a signé l'AMP 2012, sous réserve de son approbation par le Parlement. La Suisse ne pourra déposer son instrument de ratification auprès de l'OMC qu'après cette approbation et après l'adaptation des législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics (voir ch. 2.1.2). Cette deuxième condition pourra être considérée comme remplie lorsque les Chambres fédérales auront adopté la LMP révisée et l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp), l'AIMP révisé. Compte tenu de l'objectif d'harmonisation, l'AiMp a décidé de n'adopter l'AIMP révisé que lorsque la procédure législative fédérale sera achevée. Après les débats approfondis et l'élimination des divergences de la LMP par le Conseil national et le Conseil des Etats à l'occasion de leurs votes finaux (conférence de conciliation) du 21 juin 2019, cet achèvement a finalement eu lieu.

Les législations fédérale et cantonales sont peu claires, fragmentées et parfois peu lisibles. Ces dernières années, l'opinion selon laquelle il est dans l'intérêt de l'économie suisse d'harmoniser ces législations, lorsque cela est possible et pertinent, s'est renforcée. Plusieurs parlementaires fédéraux ont demandé une révision du droit des marchés publics. Un exemple en était donné par la motion Bourgeois[14], qui charge le Conseil fédéral de faire en sorte, en collaboration avec les cantons, que les lois fédérale et cantonales sur les marchés publics soient harmonisées dans la mesure du possible lors de la prochaine révision. L'harmonisation des législations fédérale et cantonales doit permettre aux soumissionnaires, en particulier aux PME, de voir clair dans les bases légales des marchés publics.

2.2 Dispositif proposé

2.2.1 Travaux préliminaires

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

En juin 2012, la CA et l'AiMp ont chargé un groupe de travail appelé AURORA, constitué à parité de représentants de la Confédération et des cantons, de leur soumettre des propositions en vue de la révision des textes portant sur les marchés publics. Le but était non seulement de parvenir à une mise en œuvre cohérente, sur les plans matériel et formel, de l'AMP révisé dans les législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics, mais également d'harmoniser autant que possible ces dernières, dans le

---

[13] RS **173.110**

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

respect de la répartition des compétences entre Confédération et cantons. D'octobre 2012 à septembre 2013, le groupe de travail a élaboré, sous la direction d'un expert en droit externe et sur la base de l'AMP 2012, des projets de révision de la législation fédérale ainsi que de l'AIMP. Divers groupes d'intérêts et spécialistes ont pu faire valoir leurs préoccupations lors d'auditions. Ces préoccupations ont été prises en compte dans la mesure du possible. Le 20 décembre 2013, le groupe de travail a adopté un premier projet de texte et un rapport, qu'une commission de rédaction commune a ensuite ponctuellement complétés.

Les procédures législatives de la Confédération et des cantons sont indépendantes l'une de l'autre. L'AiMp a mené la consultation sur le projet d'AIMP révisé (P-AIMP) lors du quatrième trimestre de 2014. L'avant-projet de LMP (AP-LMP), en grande partie identique au P-AIMP, a été mis en consultation lors du deuxième trimestre de 2015, après une consultation des offices. Les résultats de la procédure de consultation au niveau des cantons sont résumés au ch. 2.3 et 2.6 (consultation succincte 2019). À l'issue de ces procédures, les deux projets ont été retravaillés par une commission de rédaction paritaire du groupe de travail AURORA. Celle-ci a de nouveau veillé à l'harmonisation dans les deux projets de révision (P-LMP et P-AIMP). Les divergences concernent cependant des points qui sont déjà réglés différemment pour la Confédération et pour les cantons dans l'AMP 2012 (telles que les questions du champ d'application subjectif, des valeurs seuils ou encore de la publication de l'adjudication des marchés passés de gré à gré), des dispositions qui ne sont pertinentes que pour la Confédération (par ex. le régime d'exception concernant l'aide au développement), les voies de droit ainsi que le droit de recours de la Commission de la concurrence (COMCO), inscrit dans la LMI.

2.2.2 Objectifs du projet de révision de l'Accord intercantonal

Mise en œuvre de l'AMP 2012

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

Harmonisation du droit national des marchés publics

La transposition de l'AMP 2012 dans le droit national est l'occasion d'harmoniser parallèlement les législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics.

Plusieurs règles ayant fait leurs preuves soit au niveau de la Confédération, soit au niveau des cantons, soit aux deux niveaux ont été reprises dans le P-AIMP. Par ailleurs, des nouveautés sont proposées en relation avec les voies de droit (art. 51 ss): une large unification des dispositions réglant la motivation et la notification des décisions et l'unification des dispositions relatives aux motifs, aux objets et au délai (20 jours) permettent si possible d'harmoniser et de canaliser les voies de droit disponibles dans le domaine des marchés publics, la LMP n'offrant toujours qu'une protection juridique secondaire pour les marchés publics non soumis aux accords internationaux (cf. art. 52, al. 2, LMP).

Pour les adjudicateurs n'opérant pas sur les marchés sectoriels, il est prévu que ces valeurs seront les suivantes :

	Fournitures (CHF)		Services (CHF)		Travaux de construction (CHF)		
Procédure de gré à gré	En dessous de 150 000		En dessous de 150 000		Confédération: En dessous de 300 000	Cantons: En dessous de 150 000 SO*	Cantons: En dessous de300 000 GO**
Procédure sur invitation	dès 150 000		dès 150 000		Confédération: dès 300 000	Cantons: dès 150 000 SO*	Cantons: dès 300 000 GO**
Procédure ouverte / sélective	Confédération: dès 230 000	Cantons: dès 250 000	Confédération: dès 230 000	Cantons: dès 250 000	Confédération: dès 2 mio.	Cantons: dès 250 000 SO*	Cantons: dès 500 000 GO**

*Second œuvre = SO, **gros œuvre= GO

La valeur seuil pour les fournitures est relevée de 100’000 CHF à 150’000 CHF dans la procédure de gré à gré, pour que l’harmonisation puisse être réalisée avec la Confédération.

L’objectif d’harmonisation des législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics ne sera possible que si les principes et les lignes directrices du projet sont maintenus.

Clarification et restructuration

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

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

La structure de l’AMP 2012 diffère de celle de l’AMP 1994. La structure du projet d’AIMP est fondée sur la structure de l’AMP 2012 et sur le déroulement d’une procédure d’adjudication. Le P-AIMP compte 65 articles, répartis en 10 chapitres et 4 annexes

Assouplissement et modernisation

La loi fédérale resp. l'Accord entend offrir aux adjudicateurs et aux soumissionnaires la plus grande marge de manœuvre possible – dans les limites du respect des principes du droit des marchés publics – et encourager le recours aux technologies de l’information modernes. Les modifications matérielles proposées consistent en particulier dans l’introduction d’instruments souples permettant d’élaborer des solutions innovantes. Le but est d'ouvrir au maximum le champ des possibles en ce qui concerne les développements en matière de marchés publics, par exemple dans le domaine de l'acquisition de prestations intellectuelles. Ainsi, des instruments, prévus pour la Confédération depuis 2010 dans

l'OMP, tels que les marchés complémentaires, le dialogue entre adjudicateurs et soumissionnaires de même que la possibilité utilisée dans la pratique depuis longtemps de conclure des contrats-cadres (servant de base à l'attribution de contrats subséquents), ont été inscrits au niveau de la loi pour la Confédération, resp. dans le P-AIMP pour les cantons. Par ailleurs, il est prévu qu'en cas de concurrence efficace, tous les adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels – et non seulement, comme c'est le cas aujourd'hui, ceux qui sont soumis à cette loi en vertu de l'accord entre la Suisse et l'UE – auront la possibilité d'obtenir que leurs acquisitions sur les marchés sectoriels concernés soient exemptées de l'Accord. L'introduction d'une base légale pour les enchères électroniques et de la disposition selon laquelle, lorsque plusieurs adjudicateurs dont les uns sont soumis à la LMP et les autres à l'AIMP participent à un même marché, il est possible de choisir le droit applicable, contribue également à l'assouplissement du droit des marchés publics (art. 5). Il est aussi prévu, afin de garantir une utilisation optimale des ressources, que le droit applicable pourra être choisi dans le cas des marchés portant sur des infrastructures nationales.

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

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

2.2.3 Principales nouveautés

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

Outre les clarifications déjà évoquées, les principales nouveautés comprennent:

- la soumission au droit des marchés publics de l'octroi de certaines concessions et de la délégation de certaines tâches publiques;
- la passation des marchés par voie électronique;
- l'introduction d'instruments souples tels que le dialogue, les contrats-cadres, les enchères électroniques ainsi que la réduction des délais pour les offres et la demande de participation dans la procédure sélective;
- la prévention de la corruption dans le domaine des marchés publics;
- la réglementation concernant la récusation aux particularités de la procédure d'adjudication;

– la réglementation systématique des situations justifiant une exclusion de la procédure ou d'autres sanctions;
– l'introduction d'une liste centralisée (non publique) des soumissionnaires et sous-traitants exclus des futurs marchés publics;
– la publication, en vue d'un renforcement de la transparence, de l'interruption de la procédure d'adjudication;
– la possibilité pour l'instance de recours de statuer sur les demandes en dommages-intérêts par attraction de compétence;
– la prolongation du délai de recours de dix à vingt jours;
– la publication obligatoire des publications sur une plateforme Internet de la Confédération et des cantons pour les marchés publics;
– l'intégration aussi étendue que possible dans l'Accord révisé des directives d'exécution (DEMP) jusqu'à présent considérées comme des recommandations.

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

2.3 Résultats de la procédure de consultation

La procédure de consultation relative à la révision de l'AIMP a eu lieu du 22 septembre au 19 décembre 2014[15]. Tous les cantons ainsi que 58 organisations et des particuliers y ont participé. La procédure de consultation relative à la révision de la législation fédérale sur les marchés publics a duré du 1er avril au 1er juillet 2015. Les milieux intéressés y ont activement participé. Ainsi, 109 avis et 48 questionnaires remplis ont été recueillis. Sont résumés ci-dessous les résultats de la procédure de consultation relative au P-AIMP.

Cantons

Comme cela a déjà été indiqué, tous les cantons ont remis une prise de position sur le P-AIMP. Plusieurs instances parlementaires cantonales ont elles aussi participé à la consultation. Il s'agit de la Commission interparlementaire romande et des deux Délégations aux affaires extérieures (Valais et Vaud). Les prises de position sont pour certaines détaillées et circonstanciées.

Harmonisation parallèle

Plus de la moitié des cantons font expressément référence à l'harmonisation visée et saluent la démarche proposée. Les cantons espèrent que cette harmonisation apportera une véritable simplification, notamment pour les soumissionnaires, et une plus grande sécurité juridique.

Voies de droit

La majorité des cantons se sont prononcés contre les voies de droit proposées à partir d'une valeur de marché générale de 150'000 CHF. Huit cantons se sont opposés fermement à toute restriction des voies de droit existantes. 13 cantons et une délégation apprécieraient davantage que cette nouveauté soit subordonnée au type de procédure conformément à l'AIMP actuel – autrement qu'il y ait une corrélation avec la procédure sur

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

invitation. Ce rejet des voies de droit à partir de 150'000 CHF a été justifié comme suit: la valeur de marché à partir de laquelle un recours serait possible ne doit pas être fixée de manière absolue, mais en fonction du type de procédure (cf. annexe de l'AIMP actuel). Ainsi, il n'y aurait pas pour un type de procédure des cas où le recours aux voies de droit serait possible et d'autres pas. Cela permettrait également d'éviter d'avoir à réviser l'AIMP à chaque modification des valeurs seuils applicables aux procédures.

Deux cantons ont même été jusqu'à déclarer qu'ils renonceraient à adhérer au nouvel Accord intercantonal si les voies de droit ne devaient être ancrées dans l'AIMP révisé qu'à partir d'une valeur de marché de 150'000 CHF.

Négociations

Sur les 26 cantons, 18 se sont prononcés résolument contre les négociations (et, ce faisant, pour le maintien de la réglementation actuelle conformément à l'AIMP, qui n'autorise de négociations que dans le cadre de la procédure de gré à gré). Les cantons réticents vis-à-vis des négociations redoutaient que les soumissionnaires ne prévoient dans leur offre une marge qu'il faudra éliminer par la conduite de négociations devant être annoncées au préalable. D'autre part, ils soulignent le fait que les négociations sont complexes et impliquent un niveau de compétences élevé chez les personnes impliquées. Ils estimaient par ailleurs que les négociations sont susceptibles d'encourager un «clientélisme» indésirable entre adjudicateurs et soumissionnaires. Sur les sept cantons ayant donné une réponse positive, trois soutenaient fondamentalement les négociations, mais quatre émettaient des réserves – ils exigaient en effet que seules les négociations portant sur des marchés concernant des prestations complexes soient autorisées et que les rounds de négociations soient strictement interdits. Un canton parmi ces quatre n'a donné son approbation aux négociations que si la Confédération, de son côté, autorisait le recours aux voies de droit à partir de 150'000 CHF. Un seul canton ne s'est pas exprimé sur le thème des négociations.

Droit de recours des autorités

Le droit de recours de la COMCO a été expressément rejeté par 14 cantons et deux délégations (huit cantons ne se sont pas exprimés sur le sujet). Ils réclamaient la suppression de cette disposition et justifiaient leur rejet en faisant valoir que la possibilité de déposer un recours offerte à la COMCO ne s'était pas concrétisée de manière sensible à ce jour, qu'elle était source de redondances et que l'application uniforme du droit des marchés publics était d'ores et déjà garantie par la possibilité d'exercer des voies de droit à partir de valeurs seuils faibles.

Autres retours

Plusieurs cantons se sont félicités du fait que le développement durable soit désormais mentionné dans le texte révisé du GPA 2012 et donc repris dans le P-AIMP. Certains déploraient toutefois le manque de clarté de la formulation jugée trop générale : est-il seulement question de l'axe écologique ou les dimensions économiques et sociales du développement durable sont-elles également prises en compte? Ces cantons demandaient que la notion soit explicitée à la rubrique But p. ex. ou dans le cadre des définitions.

Onze cantons contestaient la prolongation du délai de recours à 20 jours (art. 56 al. 1 P-AIMP) et exigeaient le maintien du délai de recours à 10 jours. En revanche, deux cantons soutenaient expressément la nouvelle disposition.

Organisations intéressées

58 organisations / personnes intéressées ont soumis une prise de position sur le P-AIMP – ce qui attestait du vif intérêt soulevé par la consultation. Il est possible de regrouper ces

prises de position dans les catégories suivantes : fédérations de l'économie et de l'industrie (parmi lesquelles plusieurs associations professionnelles du secteur de la construction), ONG, partis, Union des villes et Association des communes, villes, entreprises opérant dans les secteurs et particuliers. La COMCO et les CFF ont également remis leur propre prise de position.

Harmonisation parallèle

Les fédérations de l'économie et de l'industrie (economiesuisse, la Fédération des Architectes Suisses, la fédération suisse des architectes indépendants FSAI, la Fédération Infra, la Chambre suisse des experts CSE, l'Union suisse des arts et métiers, l'Union Suisse du Métal, la Société suisse des ingénieurs et des architectes SIA, l'organisation des fournisseurs du secteur des TIC Swico, Swiss Textiles, l'Union Suisse des Sociétés d'Ingénieurs-Conseils USIC, l'Association des entreprises électriques suisses AES, l'Union Suisse des Installateurs-Electriciens USIE), l'Association des Communes Suisses (ACS), l'Union des villes suisses, plusieurs corporations assujetties au droit des marchés publics et des particuliers saluaient expressément les efforts d'harmonisation ; certaines associations professionnelles (Swissmem, p. ex.) jugeaient même que l'harmonisation prévue ne va pas assez loin. Plusieurs participants à la consultation (les fédérations de l'économie et de l'industrie notamment, mais aussi l'ACS) regrettaient que le projet de révision de la LMP n'ait pas été mis en consultation en même temps que le P-AIMP – ce qui aurait permis de mieux coordonner l'harmonisation à tous les niveaux étatiques. Plusieurs cercles ont attiré l'attention sur le fait que la révision de l'AIMP en l'état implique que la Confédération soit disposée à intégrer les modifications de l'AIMP au projet de révision de la LMP. Différentes fédérations de l'économie et de l'industrie (economiesuisse, la Fédération Infra, la SSE Société suisse des entrepreneurs) considèraient par ailleurs que l'adhésion de tous les cantons à l'AIMP, sans déroger au texte, sera déterminante.

Aucune des organisations intéressées ne s'est prononcée expressément contre l'harmonisation. La Fédération des Entreprises romandes (FER) exigeait toutefois que les cantons continuent à bénéficier d'une marge de manœuvre pour adapter les exigences à leurs spécificités.

Voies de droit

Quant à l'introduction d'une valeur de marché minimale conditionnant l'octroi de voies de droit, les prises de position reçues dans le cadre de la consultation donnaient une vue d'ensemble différenciée.

Une majorité de fédérations de l'économie et de l'industrie (constructionsuisse, SSE, USM, SIA, AEC, Swissmem, USIE, SWICO) s'opposaient à la restriction du droit de recours. Une minorité d'entre elles (Ingénieurs-Géomètres Suisse IGS, USIC) proposaint de lier l'octroi de voies de droit au type de procédure (procédure sur invitation) / aux valeurs seuils correspondantes, et non à un montant arbitraire.

L'ACS et l'UVS se félicitaient de l'introduction d'une valeur de marché minimale pour l'octroi du recours à des voies de droit ; en revanche, une grande ville s'y opposait expressément.

Plusieurs organisations intéressées jugent trop basse la valeur seuil de 150 000.- CHF autorisant les voies de droit (CFF p. ex.) ; d'autres estiment qu'elle est trop élevée (COMCO p. ex.).

Négociations

Les fédérations de l'économie et de l'industrie (constructionsuisse, Ingénieurs-Géomètres Suisse IGS, Fondation Infra, Société suisse des entrepreneurs, Union Suisse du

Métal, SIA, Swissmem, USIC, USIE) rejettaient les négociations portant exclusivement sur le prix : elles entraîneraient une guerre des prix ruineuse et mettraient en péril les principes du droit des marchés publics – égalité de traitement et transparence. Les villes ayant soumis une prise de position rejettaient elles aussi les négociations sur le prix.

La possibilité de mener des négociations (y compris sur le prix) a été saluée par différentes entreprises opérant dans les secteurs (Aéroport de Zurich, CFF et SIG), la CSE et l'AES.

Les prises de position recueillies dans le cadre de la consultation ne donnaient pas de résultat clair en ce qui concerne de telles négociations portant sur d'autres aspects que le prix. Les associations professionnelles du secteur de la construction contestaient le principe des négociations, tandis que d'autres fédérations de l'économie et de l'industrie (Swissmem, USIC) y étaient favorables. Ainsi, Swissmem estimait que les négociations sont un instrument précieux lors de l'acquisition de produits et de systèmes complexes. Certaines réponses proposaient des conditions supplémentaires à remplir pour mener des négociations.

Droit de recours des autorités

La majorité des fédérations de l'économie et de l'industrie (constructionsuisse, IGS, Fondation Infra, SSE, USIC, USIE), différentes villes, l'UVS et une entreprise opérant dans un secteur s'opposaient – pour différentes raisons – à un droit de recours des autorités. Si ce droit devait être introduit, ces organisations (à l'exception de l'UVS) étaient favorables à ce qu'il soit accordé à l'AiMp.

Une minorité d'associations économiques (economiesuisse, Swissmem, Swico), TI Suisse, COMCO et plusieurs particuliers se prononcaient en faveur d'un droit de recours de la COMCO.

Les ONG et une série d'autres organisations n'ont pas pris position sur ce point.

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

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

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

2.4 Appréciation de la solution retenue

Voici les principales améliorations visées par la révision:

– En premier lieu, la transposition dans le droit national des nouveautés de l'AMP 2012, qui concernent notamment les mesures de lutte contre la corruption (art. 1, 12 P-AIMP), la possibilité de recourir à des enchères électroniques (art. 23 P-AIMP), la prise en compte des coûts d'exploitation et du cycle de vie (art. 31 P-AIMP), ainsi que le développement durable et la protection de l'environnement (art. X:6 GPA 2012), ou encore l'introduction de délais réduits (art. XI GPA 2012).

– En deuxième lieu - dans la mesure du possible et lorsque cela est judicieux – l'harmonisation de la LMP et de l'AIMP, du point de vue de la structure et du contenu. Pour ce faire, dans le cadre de la révision parallèle, le groupe de travail paritaire AURORA, composé de représentants de la Confédération et des cantons, a doté les deux bases légales (P-LMP et P-AIMP) de la même structure et adopté des formulations les plus similaires possibles.

– Enfin, une simplification et un alignement des dispositions cantonales actuelles sur l'AIMP, comme l'ont réclamé à maintes reprises par le passé divers cercles économiques faisant valoir la transparence. Forts de la décision prise par l'assemblée plénière extraordinaire de la DTAP du 8 juin 2012, dans le cadre des travaux de révision menés par le groupe de travail AURORA, les cantons ont largement intégré au P-AIMP les directives d'exécution (DEMP), qui n'avaient jusqu'alors que valeur de recommandations.

En ce qui concerne la relation entre le droit des marchés publics et la LMI, l'évaluation de la situation par le Conseil fédéral est la suivante: l'art. 95, al. 2, de la Constitution (Cst.)[16] charge la Confédération de veiller à créer un espace économique suisse unique. Ce mandat constitutionnel découle du principe de la liberté économique[17] et est donc directement lié à un droit fondamental. Dans le domaine des marchés publics, certains soumissionnaires sont susceptibles d'être privilégiés par rapport à d'autres en raison de leur lieu d'établissement, de l'existence de relations personnelles ou contractuelles avec l'adjudicateur ou encore d'autres facteurs, ce qui serait contraire au libre accès au marché intérieur. C'est la raison pour laquelle la LMI obligerait les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches cantonales ou communales à respecter certaines exigences minimales lors de la passation des marchés publics (art. 2, al. 7, 5 et 9 LMI). Selon l'art. 8 LMI, la COMCO veillerait à ce que la Confédération, les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques respectent la LMI. Ce mandat reposerait sur l'art. 49, al. 2, Cst. Le fait que la COMCO puisse, dans le cadre de l'exécution de ce mandat et en vertu de l'art. 9, al. 2bis, LMI, faire recours contre des décisions en matière de marchés publics qui restreignent indûment l'accès au marché n'a rien de particulier selon le Conseil fédéral. Ainsi, l'art. 89, al. 2, let. a, LTF, dispose que chaque département fédéral a qualité pour former un recours en matière de droit public. Ce droit de recours est un instrument indispensable et efficace pour l'exercice de la fonction de surveillance de la Confédération. Le Conseil fédéral occulte le fait que la compétence en matière de recours de la COMCO dans le domaine des marchés publics devrait également s'appliquer à la Confédération, car l'art. 9, al. 2bis LMI prévoit de façon générale l'instrument du recours en cas de restriction indue de l'accès au marché. Cela ne

[16] RS **101**

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

concerne donc pas exclusivement les marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales et communales.

Le droit de recours des autorités est particulièrement important dans le domaine des marchés publics, selon le Conseil fédéral. En effet, les entreprises ayant qualité pour recourir renoncent souvent à faire usage de ce droit pour des raisons économiques ou stratégiques. Il est donc légitime qu'une autorité indépendante puisse faire recours dans l'intérêt public que constitue l'intérêt d'un marché intérieur ouvert. En exerçant son droit de recours, la COMCO contribue en outre à l'harmonisation des pratiques cantonales et communales en matière de marchés publics, ce qui est dans l'intérêt des soumissionnaires et des contribuables. Par ailleurs, l'exercice du droit de recours prévu par l'art. 9, al. 2bis, LMI n'entraîne pas un allongement des procédures d'adjudication, étant donné que la COMCO n'est pas habilitée à demander la révocation d'une adjudication, mais peut uniquement faire constater une infraction (art. 9, al. 3, LMI). Le Conseil fédéral, contrairement aux cantons, estime donc qu'il n'y a pas de raison de supprimer le droit de recours de la COMCO. Reconnaissant que le P-AIMP concorde largement avec le P-LMP et qu'il respecte les prescriptions de la LMI, il propose cependant de prévoir une présomption légale selon laquelle les dispositions de la LMI sont considérées comme respectées lorsque l'adjudication d'un marché est fondée sur l'AIMP révisé (voir le commentaire du Conseil fédéral dans le message concernant la LMP sur la modification de l'art. 5, al. 1, LMI, FF 2017 1836). La proposition d'abroger l'art. 9, al. 2, LMI ne peut être suivie pour des raisons de principe. Le fait que les cantons se sont acquittés d'un mandat de légiférer prévu par le droit fédéral n'implique pas que ce mandat doive être supprimé. Celui-ci garde au contraire tout son sens, eu égard à la possibilité que le droit cantonal soit modifié. Il faut cependant reconnaître que même d'après l'avis du Conseil fédéral, en ce qui concerne les marchés publics, le mandat donné aux cantons de prévoir au moins une voie de recours contre les restrictions à la liberté d'accès au marché va trop loin. C'est pourquoi le Conseil fédéral propose de préciser la disposition en cause sur la base de la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. les commentaires du Conseil fédéral concernant la modification proposée de l'art. 9, al. 2, LMI; FF 2017 1837).

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

Après la consultation, le projet qui en était l'objet a été remanié sur le plan rédactionnel par la commission de rédaction paritaire du groupe de travail AURORA. Les propositions d'amélioration et les demandes de modifications matérielles ou formelles de diverses dispositions (notamment celles qui concernent les négociations – en particulier les négociations portant sur le prix – et celles qui concernent les voies de droit) formulées par les participants à la consultation ont incité la commission de rédaction à rechercher des compromis viables. Mais des différences subsisteront en ce qui concerne la question des voies de droit (uniquement une protection juridique secondaire pour les marchés publics de la Confédération non soumis aux accords internationaux).

2.5 Délibérations du Parlement fédéral

Tant le Conseil national que le Conseil des Etats ont salué dans l'ensemble les efforts d'harmonisation déployés par la Confédération et les cantons dans le domaine des marchés publics, considérant que cette nouveauté sans précédent est dans l'intérêt de l'éco-

nomie suisse. Elle vise notamment à uniformiser, à simplifier et à améliorer les procédures pour les soumissionnaires et les adjudicateurs lorsque cela est possible et approprié et de réduire autant que possible la charge administrative de façon réciproque. Les projets de révision de la Confédération et des cantons vont dans la bonne direction et accordent la flexibilité requise, mais peuvent encore être améliorés.

Différents aspects ont de nouveau fait l'objet de discussions approfondies dans le cadre de l'élimination des divergences. Il s'agissait notamment de la question essentielle des critères d'adjudication (art. 29 LMP), pour lesquels le Conseil des Etats a exigé que le «pouvoir d'achat» dans le pays dans lequel une prestation est fournie soit également pris en compte dans les marchés publics. Pour finir, un accord a été trouvé sur les «niveaux de prix» dans les pays dans lesquels la prestation est fournie. Par cette formulation, le Parlement a voulu exprimer l'idée qu'il faut accorder davantage d'importance aux intérêts de la Suisse. Dans le même temps, il a introduit au début de la disposition une précision selon laquelle ce critère ne serait applicable qu'en tenant compte des engagements internationaux de la Suisse, de manière à assurer la conformité aux exigences de l'OMC.

En référence à l'adjudication en tant qu'autre point important (art. 41 LMP), la discussion a également cherché à déterminer s'il fallait retenir l'offre «économiquement la plus avantageuse» ou l'offre «la plus avantageuse». On s'est finalement mis d'accord sur l'offre «la plus avantageuse», sachant qu'il devrait clairement s'agir de l'offre présentant le meilleur rapport prix-prestation ou de l'offre satisfaisant globalement le mieux aux critères prescrits. Cela montre que la course à l'excellence doit dorénavant avoir encore plus de poids que la concurrence par les prix. Il a ainsi été précisé qu'à l'avenir, une attention encore plus grande devra être accordée à la concurrence basée sur la qualité plutôt qu'à celle basée sur le prix.

La question des émoluments dits de protection est également restée longtemps controversée. Était prévu initialement une proposition visant à introduire une lettre « f » à l'art. 11. L'avis du Conseil des Etats selon lequel des émoluments couvrant les frais peuvent en revanche être perçus pour la mise à disposition des documents d'appel d'offres a finalement recueilli un consensus général (art. 35, let. s, LMP).

Le Parlement a finalement décidé d'exempter de la LMP les marchés passés avec des organismes d'insertion socioprofessionnelle (art. 10, al. 1, let. e LMP) et les institutions de prévoyance de droit public de la Confédération (art. 10, al. 1, let. i LMP).

Contrairement au Conseil national, le Conseil des Etats s'est prononcé pour l'introduction du principe du lieu de provenance, tel qu'il est prescrit par la LMI pour les cantons, en ce qui concerne les dispositions relatives à la protection des travailleurs, les conditions de travail et l'égalité salariale entre femmes et hommes à respecter. Cette proposition a toutefois été abandonnée dans le cadre de l'élimination des divergences. Le principe du lieu d'exécution s'applique par conséquent pour la Confédération, tandis que les cantons restent soumis aux prescriptions de la LMI.

En ce qui concerne le dialogue (art. 24, al. 2 LMP), le Parlement a finalement décidé, à la lumière du principe général régissant la procédure de l'art. 11, let. d LMP (renonciation aux négociations portant sur le prix), que les négociations sur les prix et les prix totaux étaient interdites. Il s'agit ainsi d'exclure encore plus clairement les renégociations du prix.

Les commentaires du Conseil fédéral sur les points de la révision de la loi fédérale sur le marché intérieur figurent dans le message relatif à la LMP (cf. FF 2017 1836). Les procès-verbaux des délibérations du Conseil national et du Conseil des Etats ne permettent, en revanche, pas déterminer les réflexions qui ont conduit aux décisions du Parlement fédéral concernant les propositions de modification de la LMI. Il n'y a pas eu de prise de

parole correspondante. L'art. 5, al. 1 première (ne concerne que le texte italien) et troisième phrase, LMI, ainsi que l'art. 9, al. 1 et 2 LMI, ont finalement été modifiés. Concernant l'art. 9, al. 1 LMI, il est à présent exigé de façon générale (et non plus seulement principalement pour les marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales et communales) que toutes les restrictions à la liberté d'accès au marché doivent faire l'objet de décisions. L'art. 9, al. 2 LMI contient quant à lui des répétitions partielles du droit en vigueur ou de dispositions qui figurent de toute façon déjà dans l'AIMP révisée (et dans la LMP révisée).

2.6 Consultation définitive auprès des cantons

Suite à l'adoption, le 21 juin 2019, de la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics avec diverses modifications dans le cadre du vote final du Conseil national et du Conseil des Etats, les cantons ont à nouveau dû examiner lesquelles de ces modifications devaient également être reprises dans l'AIMP, en vue de l'harmonisation parallèle, et celles pour lesquelles des différences par rapport au droit fédéral devaient en revanche subsister. Les représentants des cantons au sein du groupe de travail paritaire AURORA ont constamment suivi les décisions prises par les Chambres fédérales à cet égard et les ont réexaminées du point de vue des cantons. Leurs propositions ont ensuite été soumises à un comité de pilotage politique institué par la DTAP pour décision préliminaire. De son côté, la DTAP a décidé d'organiser une nouvelle et brève consultation auprès des cantons, de l'Association des Communes Suisses et de l'Union des villes suisses, limitée aux points et différences jugés les plus importants qui ont résulté des décisions du Parlement fédéral. Cette consultation succincte s'est déroulée entre le 23 juin et le 28 août 2019. En résumé, le résultat des réponses fournies est le suivant:

Tous les cantons ont participé à l'enquête sur les modifications apportées par le Parlement fédéral et ont remis leurs réponses.

Les adaptations suivantes ont été saluées par 18 (= majorité des ¾) cantons ou plus:

- Art. 7 (Exemption; 25 cantons)
- Art. 9 (Délégation de tâches publiques et octroi de concessions; 19 cantons)
- Art. 12, al. 2 et 3 (Respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs, des conditions de travail, de l'égalité salariale entre femmes et hommes et de la protection de l'environnement; 23 cantons)
- Art. 29, al. 2 (Critères d'adjudication; travailleurs âgés / chômeurs de longue durée; 18 cantons)
- Art. 61, al. 2, let. d (Autorité intercantonale; 26 cantons)
- Art. 62 (Contrôles; 20 cantons)

L'adaptation suivante a été rejetée par 18 (= majorité des ¾) cantons ou plus:

- Art. 21, al. 4 (Procédure de gré à gré; 23 cantons)

Aucune majorité claire n'a pu être déterminée pour les adaptations suivantes:

- Art. 10, al. 1, let. e (Exceptions; marchés passés avec des organismes d'insertion socioprofessionnelle; majorité de 15 cantons favorables)
- Art. 10, al. 1, let. g (Exceptions; institutions de prévoyance de droit public des cantons; égalité 12:12 cantons)
- Art. 13, al. 4 (Récusation; majorité de 15 cantons favorables)
- Art. 26, al. 1 (Conditions de participation; majorité de 15 cantons défavorables)

- Art. 29, al. 1 (Critères d'adjudication; majorité de 15 cantons défavorables)
- Art. 29, al. 4 (Critères d'adjudication; prestations standardisées; majorité de 13 cantons favorables)
- Art. 41, al. 1 (Adjudication; majorité de 17 cantons favorables)

Les points proposés à la discussion seront commentés ci-après, dans le cadre des commentaires correspondants aux différents articles. Les demandes d'adaptation supplémentaires de certains cantons n'ont pas été prises en compte par le comité de pilotage politique pour des questions d'harmonisation. Seules les demandes exprimées par plusieurs cantons ont été examinées.

Outre les cantons, le Bureau interparlementaire de coordination (BIC), l'Association des Communes Suisses (ACS) et l'Union des villes suisses (UVS) ont également été invités à participer à l'enquête. Ces organisations ont également remis leurs prises de position. Elles ont été prises en considération lors de la finalisation de l'AIMP. Différents groupements d'intérêts (Alliance pour des marchés publics progressistes, constructionromande, Union syndicale suisse, Association suisse des Institutions de prévoyance, Région Romandie de la Société Suisse des Entrepreneurs) ont aussi spontanément remis leurs réflexions à l'AiMp, qui ont été prises en compte dans la mesure du possible.

3 Commentaire des dispositions

Chapitre 1 Objet, but et définitions

Art. 1 Objet

L'Accord s'applique:

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

Art. 2 But

L'Accord vise les objectifs suivants:

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

L'art. 2 sert à interpréter les dispositions qui suivent. L'ordre dans lequel les buts de la loi y sont énumérés ne correspond pas un ordre de priorité décroissante. Tous les principes mentionnés ont la même importance. Les conflits entre les objectifs énoncés sont inévitables. Ainsi, une transparence totale peut favoriser les pratiques concertées entre soumissionnaires. Quant à l'égalité de traitement des soumissionnaires, elle peut compliquer l'atteinte de l'objectif d'une acquisition économique. De tels conflits doivent être résolus en procédant à une pesée de tous les intérêts en jeu. Les objectifs du législateur sont précisés par d'autres dispositions du projet (par exemple les exigences auxquelles doit satisfaire un appel d'offres, le respect des conditions de travail et des dispositions relatives à la protection des travailleurs, la publication de l'appel d'offres, la répression des entraves à la concurrence ou encore les voies de droit).

Let. a: le projet mis en consultation prévoyait que les deniers publics devaient être utilisés de manière parcimonieuse en tenant compte du développement durable. L'avis de différents participants à la consultation, la pratique actuelle et la tendance observée au niveau international ont été pris en considération et le principe du développement durable a été expressément ancré dans le P-AIMP. Le principe de l'utilisation durable des deniers publics est également conforme à l'art. 73 Cst.

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

L'AMP 2012 mentionne aussi explicitement, à l'art. X, par. 6 (en étroite relation avec l'obligation de non-discrimination énoncée à l'art. X, par. 1), la poursuite d'objectifs de

préservation des ressources naturelles et de protection de l'environnement. En revanche, il ne mentionne pas explicitement la dimension sociale du développement durable, car les États membres ne sont pas parvenus, lors de la révision, à s'entendre sur son champ d'application. Eu égard à cette absence de consensus, les États parties à l'AMP se sont accordés, conformément au mandat fixé à l'art. XXII, par. 8, AMP 2012, sur le lancement d'un programme de travail consacré à la question des marchés publics durables.

De fait, les appels d'offres des pouvoirs publics intègrent déjà régulièrement des critères environnementaux sous le titre du développement durable. La «durabilité sociale» est prise en considération du fait, notamment, que les marchés portant sur des prestations à exécuter en Suisse ne peuvent être adjugés qu'à des soumissionnaires qui respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs, les conditions de travail ainsi que l'égalité salariale entre femmes et hommes et les marchés portant sur des prestations à exécuter à l'étranger qu'à des soumissionnaires qui respectent au moins les huit conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT).

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

Dans le cadre des délibérations, le Parlement fédéral a estimé qu'il fallait non seulement rechercher une utilisation durable des deniers publics, mais aussi une utilisation «économique» durable des deniers publics, afin d'exercer une influence positive sur le pôle industriel suisse. Les cantons sont d'accord avec l'amendement correspondant, puisqu'il permet de tenir compte d'une exigence maintes fois formulée par plusieurs cercles économiques.

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

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

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

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

Selon le Parlement fédéral, il ne s'agit pas uniquement de promouvoir une concurrence efficace, mais aussi «équitable» entre les soumissionnaires. Les cantons peuvent s'accorder avec cet amendement de la let. b dans l'optique de l'harmonisation. Il existe des dispositions qui vont dans le même sens, par exemple l'art. 38, al. 3 ou l'art. 44, al. 2, let. c et h (nouvellement insérée).

Art. 3 Définitions

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

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

Let. b: la notion d'«entreprises publiques» est déterminante pour l'assujettissement selon l'art. 4, al. 2 (secteurs). Les entreprises publiques sont des sujets de droit privé ou organisés selon une loi spéciale sur lesquels les pouvoirs publics exercent, directement ou indirectement, une influence dominante, par exemple en y détenant la majorité du capital ou en disposant de la majorité des voix ou par d'autres instruments, qui permettent à la collectivité d'exercer une influence déterminante sur l'activité de l'entreprise. Citons à titre d'exemples les entreprises de transport urbain, les services publics, tels que les établissements de droit public Energie Wasser Bern (EWB) ou Elektrizitätswerke des Kantons Zürich (EKZ), les opérateurs portuaires ou aéroportuaires publics et les entreprises de chemins de fer (cf. la définition légale figurant dans la note de bas de page 2 de l'annexe 3 de l'appendice I [Suisse] de l'AMP 2012).

Let. c: le terme «accords internationaux» est synonyme du terme «traités internationaux», qui est privilégié dans les législations cantonales en vigueur. Il a été introduit par

la Confédération dans le P-LMP du fait qu'il est prévu que la LMP révisée, contrairement à la LMP en vigueur, régira aussi bien les marchés soumis aux accords internationaux conclus par la Suisse que les marchés soumis exclusivement au droit interne.

Le terme de marché public (voir art. II AMP 2012), central pour l'application du droit des marchés publics, est défini non pas à l'art. 3 mais aux art. 8 et 9 (cf. p. 33 ss).

Let. f: selon la définition légale figurant dans la note de bas de page 1 de l'annexe 3 de l'appendice I [Suisse] de l'AMP, les «organismes de droit public» sont caractérisés par: (a) ils ont été créés dans le but particulier d'accomplir des tâches d'intérêt général n'ayant pas de caractère industriel ni commercial; (b) ils ne possèdent pas de personnalité juridique; et (c) leur activité est majoritairement financée par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public ou leur direction est soumise à un contrôle correspondant ou leurs organes de gestion, de direction ou de surveillance sont majoritairement constitués de membres nommés par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public. Les universités et les hôpitaux publics en sont des exemples.

Let. g: la note de bas de page 1 de l'annexe 3 de l'appendice I [Suisse] de l'AMP définit par ailleurs la notion de «pouvoirs publics». Ce terme générique qui inclut l'Etat, les collectivités territoriales, les organismes de droit public ainsi que les associations constituées de l'un ou de plusieurs de ces collectivités ou organismes de droit public est déterminant pour l'assujettissement subjectif des adjudicateurs selon l'art. 4, al. 1 et 2. Cette notion inclut les autorités administratives des niveaux cantonaux, régionaux et communaux, les organismes de droit public déjà traités ainsi que les syndicats que l'on rencontre par endroits et qui ont été constitués pour accomplir des tâches publiques (p. ex. pour le traitement des déchets).

Chapitre 2 Champ d'application

Section 1 : Champ d'application subjectif

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

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

En plus des engagements résultant de la ratification d'accords internationaux, les cantons doivent aussi tenir compte des prescriptions de la LMI. Celles-ci stipulent que les cantons, communes et autres organes assumant des tâches cantonales et communales sont tenus de publier dans un organe officiel les projets de marchés publics de «grande importance portant sur des fournitures, des services ou des travaux, de même que les critères de participation et d'attribution du marché» (art. 5 al. 2 LMI). En outre, l'art. 9 al. 2 LMI prévoit expressément des voies de droit pour les marchés publics non soumis aux traités internationaux.

Art. 4 Adjudicateurs

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

Al. 1

En ce qui concerne les unités décentralisées, la notion d'«organisme de droit public» dans le domaine des accords internationaux revêt une grande importance. Conformément à la définition juridique donnée à l'appendice I annexe 3 de l'AMP 2012, est considéré comme 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, et (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.

L'assujettissement des établissements cités n'a pas changé par rapport à la réglementation antérieure selon l'AIMP.

Al. 2

Let. b: dans le cadre des délibérations, le Parlement fédéral s'est initialement prononcé pour que la production d'électricité ne soit pas couverte par le champ d'application subjectif de la loi fédérale. Ainsi que le Conseil fédéral l'a signalé à juste titre, le retrait de la «production d'électricité» de cette liste constituerait un manquement manifeste aux engagements internationaux de la Suisse. La teneur de l'AMP 2012 correspond en effet à celle de l'AMP 1994. Les entreprises publiques qui agissent dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'énergie électrique sont par conséquent couvertes par le champ d'application de l'AMP (cf. AMP 2012, appendice I, annexe 3). L'accord bilatéral Suisse-UE assujettit en outre au droit des marchés publics les entreprises privées du secteur de l'approvisionnement en électricité (y compris la production d'électricité) qui assurent un service au public et qui sont au bénéfice de droits exclusifs et spéciaux (art. 3, al. 1 et 2 Accord bilatéral). La comparaison avec la réglementation en vigueur en Autriche effectuée au Parlement ne résiste pas à un examen objectif, car l'Autriche a bénéficié dès 2008 de la «clause d'exemption» prévue par l'UE et obtenu l'exemption du secteur de la production d'électricité de l'assujettissement au droit des marchés publics, en apportant la preuve de la libéralisation effective du marché de l'électricité. Une exemption des producteurs d'électricité suisses n'est, en revanche, pas envisageable compte tenu de la situation actuelle en Suisse, parce qu'une grande partie des

consommateurs finaux sur le marché de l'énergie (avec une consommation annuelle inférieure à 100 MWh) est encore captive et qu'il n'y a donc pas de concurrence effective. Une exemption de la production d'électricité est cependant encore possible à l'avenir, à savoir quand les conditions d'un marché de l'électricité libéralisé seront réunies (cf. à ce sujet l'art. 7). Au final, la demande de radiation de la production d'électricité a été retirée au Parlement, de sorte que la réglementation selon l'AMP 2012 puisse être reprise sans changement tant par la Confédération que par les cantons.

Let. c: il s'agit ici de l'assujettissement des réseaux destinés à fournir un service de transport urbain par chemin de fer selon l'AMP 2012, ce qui correspond en principe à la réglementation existante de l'AIMP.

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

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

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

Al. 3

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

pour l'ensemble de leurs marchés publics. Les valeurs seuils pour les adjudicateurs généraux s'appliquent alors pour la délimitation des marchés soumis aux accords internationaux (cf. l'annexe 1).

Al. 4

Cette disposition correspond au droit en vigueur (art. 8 al. 2 AIMP) et ne concerne que les cantons, puisque ces derniers ont dû étendre les disciplines de l'OMC à de nouveaux adjudicateurs et services en raison de la LMI (domaine hors traités internationaux).

Al. 5

Cette disposition sert à clarifier les choses. Les dispositions du droit des marchés publics s'appliquent également à des tiers qui achètent des prestations pour le compte de l'adjudicateur et en tant que représentant de celui-ci, que ces tiers soient ou non soumis eux-mêmes à la loi. Il est impossible de contourner l'Accord en ayant recours à une centrale d'achat ou en sous-traitant les travaux à un tiers.

Art. 5 Droit applicable

Al. 1 et 2

Le droit actuel contient déjà, au niveau cantonal à l'art. 8, al. 3 et 4 AIMP, et au niveau fédéral à l'art. 2c OMP, des règles de conflit pour les cas où des adjudicateurs de même niveau ou de niveaux différents adjugent un marché ensemble. Ces alinéas précisent et restructurent ces règles. En général, c'est le droit en vigueur au siège de l'adjudicateur principal qui s'applique (al. 1). L'adjudicateur principal est celui qui supporte la plus grande partie du financement. Ainsi, lorsqu'un marché passé conjointement par la Confédération et par les cantons est financé majoritairement par des fonds cantonaux, c'est le droit cantonal (AIMP) qui s'applique.

Il en va de même quand plusieurs adjudicateurs de différents cantons passent conjointement un marché (al. 2). Dans ce cas, le droit du canton qui supporte la plus grande partie du financement s'applique (sous réserve de l'al. 3).

Al. 3, 4 et 5

La possibilité pour les adjudicateurs de choisir le droit applicable, prévue aux al. 3, 4 et 5, vise une utilisation optimale des ressources.

Al. 6

Les entreprises pouvant choisir le droit applicable en vertu de l'al. 6 sont, par exemple, Flughafen Zürich AG, BLS AG ou Centrale nucléaire de Leibstadt SA. Pour des raisons de sécurité juridique, le choix du droit applicable ne doit pas se faire au cas par cas, mais rester valable pendant un certain temps. Le choix du droit applicable ne conduit en aucun cas à ce qu'un adjudicateur ou ses marchés soient exemptés du droit des marchés publics.

Différents actes sectoriels de la Confédération contiennent des prescriptions spécifiques quant au droit des marchés publics applicable, en particulier l'art. 8 de la loi fédérale du 20 mars 2009 sur le développement de l'infrastructure ferroviaire[18], les art. 38 s. de l'ordonnance du 7 novembre 2007 sur les routes nationales[19], l'art. 15, al. 2, de l'ordonnance

[18] RS **742.140.2**
[19] RS **725.111**

du 7 décembre 1998 sur les améliorations structurelles[20] ou les art. 3*a* et 5 al. 1 de la loi du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (LApEl)[21] pour l'octroi de concessions en rapport avec le réseau de transport et le réseau de distribution, les art. 60, al. 3bis, et 62, al. 2bis, de la loi du 22 décembre 1916 sur les forces hydrauliques (LFH)[22] et l'art. 15*b* du projet de modification de la loi du 5 octobre 1990 sur les subventions (LSu)[23] pour la délégation de tâches publiques avec mise en concurrence. Ces règles de conflit spéciales priment les dispositions générales de l'art. 5 (cf. également art. 9). Les cantons peuvent également exempter des concessions du droit des marchés publics, s'il s'agit de domaines qui relèvent de leur unique compétence. Dans tous les autres cas, cela est impossible.

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

Art. 6 Soumissionnaires

Al. 1

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

Al. 2

La condition de réciprocité énoncée à l'al. 2 pour les marchés non soumis aux traités internationaux est également posée dans l'ancien art. 9 let. c AIMP, dans la version du 25 novembre 1994. Les soumissionnaires étrangers ne peuvent accéder au marché que si les soumissionnaires suisses sont effectivement habilités à présenter une offre à l'étranger. Les adjudicateurs sont toutefois autorisés à admettre les offres de soumissionnaires ayant leur siège dans un État qui n'accorde pas la réciprocité. Dans ce cas, il n'y a cependant pas de voies de droit pour les soumissionnaires étrangers autorisés à déposer une offre (cf. à ce sujet l'art. 52, al. 3).

Al. 3

La réciprocité implique l'octroi aux soumissionnaires suisses d'un accès comparable et effectif aux marchés publics étrangers. Dans un but d'information, le Conseil fédéral est chargé d'établir une liste indicative des États qui, selon les accords internationaux en matière de marchés publics qu'il a négociés, garantissent cette réciprocité. Cette liste

---

[20] RS **913.1**
[21] RS **734.7**
[22] RS **721.80**
[23] RS **616.1**

sera régulièrement mise à jour et pourra, sur demande, être consultée par les adjudicateurs. Le Conseil fédéral règle les détails dans une ordonnance. Le Secrétariat d'État à l'économie (SECO) sera vraisemblablement chargé de tenir la liste.

Al. 4

Les cantons (contrairement à la Confédération qui n'a pas cette compétence) peuvent passer des accords analogues avec des régions frontalières ou des États voisins en ce qui concerne les marchés publics. Cette possibilité est prévue par le droit actuel (art. 2 let. b AIMP; cf. également l'art. 56 Cst.).

Art. 7 Exemption

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

Les conditions d'exemption doivent être identiques pour les pouvoirs publics et les entreprises publiques opérant sur des marchés sectoriels mentionnés à l'annexe 3 de l'appendice I de l'AMP 2012 et pour les adjudicateurs spécifiés à l'art. 3 de l'accord entre la Suisse et l'UE.

L'exemption de marchés soumis aux accords internationaux ne prend effet qu'à la fin de la procédure définie à l'art. XIX AMP 2012. Cette procédure prévoit la notification de l'exemption aux autres parties, la possibilité pour ces dernières de formuler des objections et l'organisation de consultations en vue de lever les objections. Lorsque les parties ne parviennent pas à s'entendre, chacune d'entre elle peut saisir un tribunal arbitral.

Dans le cadre de l'enquête de l'été 2019, 25 cantons ainsi que l'UVS, le BIC (cantons FR et VD) ont salué la nouvelle formulation choisie par rapport au texte initial, car l'exemption uniforme peut ainsi être assurée pour toute la Suisse.

Al. 1

Pour déterminer si la concurrence est efficace ou pas, il convient de se fonder sur les critères indicatifs qui sont définis par le Comité des marchés publics de l'OMC, en application de l'art. XIX, al. 8, let. b, AMP 2012.

Al. 2

Lorsqu'un domaine d'activité selon l'art. 4, al. 2 est exempté de la LMP par le Conseil fédéral, par voie d'ordonnance, sur proposition d'un adjudicateur ou de l'AiMp, l'exemption s'applique également aux acquisitions soumises au présent accord. Cette exemption

s'applique en outre aussi aux autres adjudicateurs actifs dans le domaine correspondant, même si ces adjudicateurs n'ont pas participé à la procédure (effet *«erga omnes»*). Avant de décider, le Conseil fédéral consulte la Commission de la concurrence, l'AiMp et les milieux économiques concernés.

Section 2 : Champ d'application objectif

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

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

L'assujettissement de ces marchés au droit national des marchés publics est imposé par le droit constitutionnel. Les principes de la liberté économique et de neutralité concurrentielle (art. 94, al. 1 et 4, Cst.), en particulier, exigent que la procédure d'adjudication des marchés publics soit transparente et non discriminatoire.

Art. 8 Marché public

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

Al. 1

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

L'*accomplissement d'une tâche publique* est un premier élément clé de la définition d'un marché public. Constituent des tâches publiques toutes les tâches que l'État doit accomplir en vertu d'une norme juridique. Elles vont des tâches de police au service public, en passant par la protection de l'environnement. Les marchés permettant d'accomplir des

tâches qui servent uniquement des intérêts privés ne sont, eux, pas soumis au droit des marchés publics[24].

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

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

Al. 2

Les marchés publics au sens du P-AIMP servent à acquérir des travaux de construction, des fournitures (marchandises) et des services. Cette catégorisation de prestations, qui repose sur les listes des engagements pris par la Suisse au titre des accords internationaux en matière de marchés publics, est déjà reprise dans l'AIMP en vigueur (art. 6) et dans les DEMP (§ 3 et 4) ainsi que dans la LMP.

Contrairement au droit fédéral, le droit cantonal distingue déjà en ce qui concerne les travaux de construction entre les marchés du gros œuvre et ceux du second œuvre. Des valeurs seuils moins élevées continuent de s'appliquer pour ces derniers (cf. l'annexe 2). Le gros œuvre inclut tous les travaux pour les éléments porteurs d'un ouvrage. Il concerne notamment les types de marchés suivants: bâtiment et génie civil, construction de routes (y compris la pose d'un revêtement), travaux d'excavation, de dragage et de pelletage, travaux de démolition ainsi que travaux spéciaux de génie civil (pose de pieux, blindage de fouilles, travaux d'ancrage, etc.). Le gros œuvre peut également inclure des travaux de charpente et de construction en métal, s'ils contribuent à la structure porteuse d'un bâtiment. Tous les autres travaux relèvent du second œuvre, par exemple les travaux de peintre, plâtrier, couvreur, carreleur, jardinier, menuisier, chauffage, climatisation, ventilation, ferblanterie, d'installations sanitaires ou électriques, car ceux-ci ne contribuent pas à la structure porteuse d'un ouvrage.

Al. 3

Par marchés mixtes, il faut entendre des marchés publics composés de différents types de prestations (travaux de construction, fournitures, services). Les contrats portant sur des projets informatiques, par exemple, constituent souvent de tels marchés. Lorsqu'un marché porte à la fois sur des travaux de construction et des services, comme dans le cas d'un contrat d'entreprise totale ou générale, le marché global doit être considéré comme un marché de construction. La qualification des marchés mixtes est essentielle

[24] Voir en particulier ATF 2C_198/2012 du 16 oct. 2012.

pour pouvoir déterminer la valeur seuil applicable (voir art. 16). Conformément à la théorie de l'élément prépondérant développée par la jurisprudence, la nature d'un marché composé de prestations de différents types est déterminée par le type de la prestation dont la valeur est la plus importante. Cet alinéa interdit de combiner ou de regrouper des prestations, interdiction qui fait pendant à l'interdiction de diviser un marché énoncé à l'art. 15, al. 2. Il est par exemple interdit d'acquérir des services et des fournitures soumis au droit des marchés publics en même temps que des prestations exemptées en vertu de l'art. 10, si cela conduit à contourner les dispositions de l'Accord. Cela vaut même si l'adjudicateur n'agit pas intentionnellement de manière illicite. Un regroupement – objectivement fondé – de prestations soumises et de prestations non soumises à la loi n'entraîne pas la «contamination» de l'ensemble du marché si les prestations dont la valeur est la plus élevée ne sont pas soumises au droit des marchés publics.

Art. 9 Délégation de tâches publiques et octroi de concessions

Contrairement aux concessions de travaux, lesquelles sont soumises au droit des marchés publics notamment dans l'UE, dans les États membres de l'AELE (à l'exception de la Suisse) et en Corée, les concessions de services ne sont couvertes ni par l'AMP 1994 ni par l'AMP 2012. Selon la définition légale donnée dans la directive 2014/23/UE[25], une concession de travaux est «un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs (...) confient l'exécution de travaux à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix». Un exemple en est la construction et l'exploitation de tunnels ou de tronçons d'autoroute par des entreprises privées.

Par analogie, une concession de services est définie comme «un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs (...) confient la prestation et la gestion de services (...) à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix»[26]. Ces services peuvent consister par exemple dans l'élimination de certains déchets ou dans l'exploitation d'un parking public.

Compte tenu de ses engagements internationaux, rien n'oblige la Suisse à soumettre l'ensemble des concessions à la loi. Si un jour elle instaurait des concessions de travaux, leur octroi devrait faire l'objet, vis-à-vis des États susmentionnés et de certains partenaires d'accords de libre-échange, d'un appel d'offres public (voir l'annexe 6 de l'appendice I [Suisse] de l'AMP 2012). Aujourd'hui déjà, des concessions de services existent en Suisse, même si cette expression n'est pas encore entrée dans l'usage.

Les concessions relevant du droit administratif suisse sont multiples – *la* concession n'existe pas. Elles sont soumises au droit des marchés publics lorsqu'il s'agit de déléguer une tâche publique, élément définitoire d'un marché public selon l'art. 8. Au sens du P-AIMP, l'octroi d'une concession à une entreprise privée implique que cette dernière se voit accorder des droits qu'elle n'avait pas avant. Les concessions sans rapport avec des tâches publiques (par ex. les concessions d'usage privatif) ou qui ne confèrent aucun statut singulier au soumissionnaire ne sont pas soumises à l'Accord. Les cantons et les communes sont soumis à l'obligation, prévue à l'art. 2, al. 7, LMI, de lancer un appel

[25] Art. 5, par. 1, let. a, de la directive 2014/23/UE.
[26] Art. 5, par. 1, let. b, de la directive 2014/23/UE.

d'offres pour les concessions. Pour l'octroi de concessions de monopoles et de concessions de services publics, le droit des marchés publics, axé sur la concurrence et la rentabilité, n'est pas non plus toujours approprié. C'est pourquoi les règles de droit spécial priment (par ex. art. 3*a* et art. 5 al. 1 LApEl, art. 60, al. 3bis, et 62, al. 2bis, LFH; les réglementations cantonales peuvent également être considérées comme des règles de droit spécial; cf. la page 27).

A titre d'exemple l'art. 6 de la loi fédérale du 20 décembre 1957 les chemins de fer[27] ne prévoit pas d'obligation de mise au concours pour les concessions d'infrastructures. La loi du 20 mars 2009 sur le transport de voyageurs (LTV)[28] ne prévoit pas non plus d'obligation générale de mise au concours. Elle dispose, en revanche, qu'un appel d'offres est nécessaire pour les marchés concernant le transport par route (art. 32, al. 1, LTV). Quant aux marchés portant sur le transport ferroviaire, elle prévoit qu'ils peuvent faire l'objet d'un appel d'offres (art. 32, al. 3, LTV). Lorsqu'une procédure de mise au concours est lancée, celle-ci est coordonnée avec la procédure d'octroi ou de renouvellement de la concession. La décision d'adjudication prise à l'issue de la procédure de mise au concours et l'octroi de la concession ou son renouvellement font partie de la même décision (art. 32*b* LTV). Du fait de ressources restreintes et de par sa concentration sur ses compétences clés, l'État a confié à des entreprises privées des tâches publiques relevant de différents domaines, et ce à tous les échelons (Confédération, cantons et communes). Au regard du droit des finances et de l'accès non discriminatoire au marché, peu importe que l'État acquière une prestation ou qu'il confie son exécution à un tiers, qui assume alors le risque d'entreprise. Dans les deux cas, il faut veiller à ce que l'exécution de la prestation ou de la tâche soit efficace et que tout soumissionnaire qualifié puisse présenter une offre de services. À ce jour, il n'existe pas de dispositions régissant la procédure de délégation de tâches publiques.

La notion de «tâches publiques» englobe tous les secteurs dans lesquels une responsabilité d'exécution incombe à l'État. On peut citer comme exemple des secteurs, tels que la police, c'est-à-dire la protection de l'ordre et de la sécurité publics, la politique de la santé ou encore la politique sociale. Si la loi, par exemple, oblige l'État à veiller à l'élimination de déchets problématiques, ce dernier a la possibilité de déléguer cette tâche à des tiers, pour autant qu'une base légale l'y autorise. Une telle délégation possède en principe toutes les caractéristiques d'un marché public. Si l'État, se fondant sur une base légale, décide de confier une tâche publique à des tiers, la délégation de cette tâche publique est en principe soumise au droit des marchés publics, que l'exécution de cette tâche soit financée directement par l'adjudicateur ou par un fonds ou une assurance. Selon l'art. 9 (dernière phrase), les dispositions des lois spéciales du droit fédéral et du droit cantonal sont réservées. Cette réserve est nécessaire, car le droit des marchés publics n'est pas approprié pour toutes les délégations de tâches. En ce qui concerne, par exemple, la délégation de tâches relevant de la surveillance économique ou de la surveillance de la sécurité ou la délégation de services ayant un caractère monopolistique, le délégataire est parfois désigné explicitement dans un acte spécial[29] ou un organisme *ad hoc* est institué pour l'exécution de ces tâches ou prestations. Dans ces cas, il n'y a donc pas de concurrence.

L'amendement inséré ultérieurement concernant les «dispositions de lois spéciales du droit fédéral et cantonal» vise à clarifier le fait que le droit sectoriel spécial de tous les

---

[27] RS **742.101**
[28] RS **745.1**
[29] Voir par ex. l'art. 2, al. 2, de l'ordonnance du 18 décembre 1995 sur le service de la navigation aérienne, RS **748.132.1**.

niveaux prime le droit général des marchés publics. Si un canton prévoit par exemple une concession pour l'exploitation du sous-sol (extraction des matières premières, stockage de matériel ou prélèvement de marchandises), dans le respect de l'art. 2, al. 7, LMI, et si le droit cantonal associe l'octroi d'une concession à une procédure clairement réglementée avec des critères définis par une règle de droit, une telle réglementation prime l'art. 9.

Dans le cadre de l'enquête de l'été 2019, 19 cantons ainsi que l'ACS, l'UVS et le BIC (cantons FR et VD) ont accueilli favorablement l'amendement concernant les «dispositions de lois spéciales du droit fédéral et cantonal» dans le sens d'une clarification.

Les valeurs seuils mentionnées aux annexes 1 et 2 sont également valables pour la délégation de tâches publiques et l'octroi de concessions. Comme pour d'autres marchés publics, il y a lieu de déterminer la nature du marché (travaux de construction, fournitures ou services) sur la base de la prestation caractéristique fournie par le soumissionnaire. Dans le cas de marchés mixtes, la nature du marché est déterminée par le type de la prestation dont la valeur est la plus importante.

Art. 10 Exceptions

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

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

Al. 1

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

***Let. b*:** les immeubles sont les biens-fonds, les droits distincts et permanents immatriculés au registre foncier (par ex. le droit de superficie distinct), les parts de copropriété d'un immeuble ainsi que les mines (art. 655, al. 2, du code civil [CC][30]). Les constructions sont des bâtiments ou des parties de bâtiments. Les installations sont des ouvrages d'infrastructure tels que des routes et des antennes de téléphonie mobile.

***Let. c*:** l'exception visée ici n'est qu'apparente et concerne l'octroi d'aides financières (cf. p. ex. l'art. 7, al. 3 loi sur les subventions [VD], Art. 3 loi sur les subventions [FR], § 3 Staatsbeitragsgesetz des Kantons Zürich). Ces avantages monnayables servent exclusivement à assurer ou à promouvoir la réalisation d'une tâche que le bénéficiaire a décidé d'assumer.

Let. d: cette exception couvre par exemple la gestion de dettes publiques, de liquidités ou de devises. Sont également exclues du champ d'application de l'Accord la gestion de

[30] RS **210**

fortune (pour toutes les catégories de placements telles que liquidités, obligations, actions, immeubles, parts de fonds, produits structurés et dérivés, placements alternatifs, etc.) ainsi que l'acquisition de services associés, quel que soit l'organe qui assume cette tâche ou qui attribue un mandat correspondant. Est concernée notamment la gestion de fortune par des institutions du premier et du deuxième pilier.

Let. e: cette exception correspond à l'actuel art. 10 al. 1 let. a AIMP.

Lors des délibérations relatives à cette disposition de la LMP, les deux Chambres du Parlement fédéral ont examiné attentivement la question de savoir si l'obligation de lancer un appel d'offres devait également s'appliquer aux marchés passés avec des organismes d'insertion socioprofessionnelle ou non. Les organismes eux-mêmes ainsi que le Conseil national se sont prononcés en faveur d'une exemption, au motif qu'il s'agirait d'établissements d'utilité publique sans but lucratif et œuvrant pour la paix sociale, à l'instar des organisations de bienfaisance. A l'inverse, le Conseil des Etats ne souhaitait pas consentir d'exemption en faveur des marchés passés avec de tels organismes, compte tenu des solutions cantonales en vigueur. L'avis du Conseil national l'a finalement emporté lors de l'élimination des divergences. Il convient toutefois de garder à l'esprit que ces organismes comprennent non seulement des institutions de bienfaisance, mais aussi des prestataires de services qui opèrent sur le marché dans un but lucratif. Il convient également de garder à l'esprit qu'une concurrence basée sur le prix n'est pas possible, parce que certaines prestations sont indemnisées sur la base de tarifs préétablis. Par ailleurs, la mise en œuvre des mesures relatives au marché du travail (MMT) relève en premier lieu de la compétence des cantons. La décision du Parlement n'est pas sans conséquences pour les cantons, car elle concerne un domaine politiquement controversé. Les cantons ont des pratiques différentes en matière de MMT. Ainsi, les cantons romands n'organisent en principe pas d'appel d'offres pour de telles mesures jusqu'à présent, tandis que plusieurs cantons alémaniques sont soumis à une obligation de lancer un appel d'offres. Pour cette raison, le Conseil fédéral, le Conseil des Etats et les cantons avaient demandé que cette question soit réglée non pas dans la LMP, mais dans la législation spéciale de la Confédération (p. ex. dans la loi sur l'assurance-chômage, LACI[31], la loi sur l'assurance-invalidité, LAI[32] et la loi sur l'asile, LASi[33]) sous la forme d'une «disposition potestative», afin de pouvoir tenir compte des différentes pratiques suivies par les cantons. Cela aurait permis d'éviter l'insécurité juridique et des interprétations inutiles. Le Parlement n'a toutefois pas suivi cette proposition lors de la phase finale d'élimination des divergences.

Le résultat de l'enquête de l'été 2019 auprès des cantons a montré qu'il est très difficile de trouver une solution uniforme en la matière. Les différents cantons tiennent à leur pratique différente et souhaitent la conserver. Le comité de pilotage politique a par conséquent proposé que cette exception (comme pour la Confédération) soit intégrée dans l'AIMP, mais que les cantons aient la possibilité de définir un assujettissement au droit des marchés publics concernant cette disposition dans le cadre des dispositions d'exécution cantonales (cf. à ce sujet l'art. 63, al. 4). L'AiMp a approuvé cette proposition afin que les cantons puissent choisir librement.

***Let. f* :** il s'agit là aussi d'une exception qui n'est qu'apparente. Le fait pour un adjudicateur public d'engager du personnel ne constitue pas un marché public. Cette règle vaut aussi pour les rapports de travail soumis au code des obligations (CO). En revanche, la location de services en vue de l'exécution d'une prestation est en principe soumise à

[31] RS **837.0**
[32] RS **831.2**
[33] RS **142.31**

l'Accord révisée. La location de services n'étant couverte par aucune des catégories de services énumérées à l'annexe 5 de l'appendice 1 de l'AMP 2012, elle n'est certes pas soumise aux accords internationaux, mais doit donc être traitée selon les dispositions régissant l'adjudication des marchés non soumis aux accords internationaux.

Let. g: les cantons sont compétents en ce qui concerne les institutions de prévoyance de droit public des cantons et des communes et le droit cantonal est donc applicable. Le Tribunal fédéral (ATF 142 II 369 ss) a certes confirmé une décision du tribunal administratif du canton d'Argovie selon laquelle l'Aargauische Pensionskasse serait assujettie au droit des marchés publics. Dans le cas concret, le Tribunal fédéral a vérifié que les conditions d'un organisme de droit public selon l'AMP 1994, appendice I, annexe 3 et donc de l'art. 8, al. 1, let. a AIMP étaient bien remplies. Au final, le Tribunal fédéral a dénié l'assujettissement de l'Aargauische Pensionskasse au champ d'application subjectif de l'AMP et a laissé la question en suspens en ce qui concerne l'AIMP. Il a toutefois confirmé une obligation de lancer un appel d'offres sur la base du droit cantonal des marchés publics plus large. Ainsi, seul le droit cantonal (§ 5, al. 1, let. a du décret sur les marchés publics du canton d'Argovie) était déterminant pour l'assujettissement de l'Aargauische Pensionskasse.

Selon l'enquête de l'été 2019, la pratique des cantons diffère également en ce qui concerne cette exception décidée par le Parlement fédéral. Une partie des cantons souhaite un assujettissement complet, d'autres se prononcent en revanche en faveur d'un assujettissement partiel (sans la fortune de placement) ou d'une exemption complète. Le comité de pilotage politique a par conséquent proposé d'accepter cet amendement, mais de laisser aux cantons la possibilité de prévoir un assujettissement au droit des marchés publics dans le cadre des dispositions d'exécution cantonales. L'AiMp a approuvé cette proposition (cf. à ce sujet l'art. 63, al. 4).

Al. 2

Cette disposition exempte quatre types de marchés: les monopoles, les marchés *in-state*, *in-house* et *quasi in-house*.

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

Let. b: l'exception concernant les marchés *in-state* signifie qu'un achat effectué par un adjudicateur auprès d'un autre adjudicateur (assujetti), indépendamment du fait que celui-ci opère au même niveau ou à un autre niveau de l'État (Confédération, cantons ou communes) que celui-là, ne doit pas faire l'objet d'un appel d'offres. Cette exception est prévue à la let. B, ch. 1, de l'annexe 7 de l'appendice I (Suisse) de l'AMP 2012. Le droit européen est plus strict sur ce point[34]. L'exception n'en est pas moins judicieuse, étant donné que l'achat n'a pas lieu dans un contexte de concurrence. Il ressort de la deuxième partie de la phrase que l'exception ne s'applique pas lorsqu'un soumissionnaire qui est simultanément adjudicateur est en concurrence avec des entreprises privées pour la fourniture de ses prestations.

L'exception concernant les marchés *in-state* implique en général qu'aucun soumissionnaire privé ne soit associé au soumissionnaire potentiel. Peu importe que l'adjudicateur

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

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

Des marchés *in-state* peuvent être passés par exemple lorsque plusieurs adjudicateurs publics contribuent à la réalisation d'un projet commun (par ex. dans des syndicats). Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a reconnu que deux adjudicateurs publics (ou davantage) peuvent collaborer en dehors du cadre du droit des marchés publics à condition qu'il s'agisse d'une véritable collaboration, que ce faisant les adjudicateurs s'acquittent chacun d'une mission de service public, qu'ils ne collaborent avec aucun organe privé et que la collaboration ne vise que l'intérêt public et non des buts commerciaux[35].

Let. c: on parle de marché *in-house* lorsque la prestation est fournie à l'aide des propres ressources de l'adjudicateur, qui renonce donc à faire appel à des tiers (décision de *make or buy*). De tels marchés ne sont pas soumis au droit des marchés publics. Ce qui différencie les marchés *in-house* et les marchés visés aux let. b et d, c'est que dans le cas des premiers les prestations sont fournies à l'interne et que l'adjudicateur et le fournisseur de prestations appartiennent donc à la même entité juridique.

Let. d: auparavant, les prestations fournies par des soumissionnaires décentralisés soumis à l'influence des pouvoirs publics étaient plus difficiles à apprécier («quasi-inhouse»). Pour ce type de cas, la doctrine a recommandé l'application de critères définis par la CJUE. L'arrêt Teckal constitue le point de départ de la jurisprudence[36]. La let. d codifie les principaux éléments et considérants de cette pratique, que la CJUE a continué de préciser dans une série d'arrêts. La pratique Teckal est cependant codifiée de manière autonome, en conformité avec l'AMP, mais pas nécessairement de manière dynamique. Les développements futurs de la jurisprudence européenne ne seront pas liants pour l'interprétation de cette disposition. Ils ne devront toutefois pas être négligés. qui ne devra cependant pas être négligée.

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

Al. 3

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

---

[35] Voir l'arrêt de la CJCE du 8 mai 2014, Université technique Hamburg-Harburg, affaire C15/13, ECLI:EU:C:2014:303.
[36] Voir l'arrêt de la CJCE du 18 novembre 1999, Teckal Srl, affaire C-107/98, Rec. 1999 I-08121, ECLI:EU:C:1999:562.

Let. a: l'exception la plus étendue a trait, comme l'exception prévue à l'actuel art. 3, al. 2, let. a, LMP, au maintien de la sécurité intérieure et extérieure ainsi que de l'ordre public (voir art. III, par. 1, AMP 2012). Elle concerne non seulement l'achat de matériel de guerre, mais encore l'acquisition d'autres prestations (militaires ou civiles) sensibles pour la sécurité, telles que l'infrastructure de communication de l'État. Par conséquent, les cantons ne doivent pas non plus lancer d'appels d'offres publics pour l'acquisition d'armes et de munitions destinées aux corps de police cantonaux ou communaux. Les marchés sont exemptés non seulement lorsque leur mise en soumission menacerait la sécurité publique, mais aussi lorsque les prestations sont sensibles pour la sécurité. En raison de son manque de pertinence pratique, la protection des «bonnes mœurs» n'est plus mentionnée dans cette clause d'exception.

Let. b et c: sont mentionnés comme éléments fondant une exception du droit des marchés publics non seulement les impératifs de la protection des intérêts de police, mais également les besoins de la protection de l'environnement, de la faune et de la flore ainsi que de droits privés (protection des droits de propriété intellectuelle). Chaque fois que l'un de ces différents intérêts dignes de protection est en jeu, il faut examiner la nécessité de l'exception et déterminer s'il existe des solutions permettant de limiter moins fortement la concurrence.

Chapitre 3 Principes généraux

Art. 11 Principes régissant la procédure

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

Les prescriptions internationales sont reprises dans différentes dispositions du droit national en vigueur, notamment à l'art. 11 AIMP et à l'art. 8 LMP. Dans le projet de révision, ces principes sont réglés dans une disposition identique pour la Confédération et les cantons. L'interdiction de ces opérations est applicable directement aux prestations soumises aux accords internationaux. L'AMP 2012 ne remet pas cette pratique en cause.

Chaque marché public peut impliquer des exigences différentes quant à la procédure d'adjudication. Le présent accord laisse une marge de manœuvre suffisante pour adapter la procédure à l'objet spécifique au marché et aux conditions du marché concerné. Cette liberté est limitée par les principes régissant la procédure, qui déterminent et guident les décisions des adjudicateurs lors de chaque phase de l'appel d'offres.

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

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

Let. b: la corruption n'est pas seulement contraire aux principes fondamentaux du droit des marchés publics, elle a également un coût considérable pour l'économie. Selon un

communiqué de presse[37] de la Commission européenne du 6 juin 2011, les coûts induits par la corruption se montent à quelque 120 milliards d'euros par an rien que pour les pays de l'UE. La prévention de la corruption et des conflits d'intérêts constitue l'un des objectifs centraux de la révision de l'AMP. Déjà évoquée dans le préambule de l'AMP 2012, cette question est réglée précisément à l'art. IV, par. 4 AMP 2012. Dans le droit européen, des efforts parallèles sont menés pour renforcer la lutte contre la corruption et offrir une protection supplémentaire contre les risques correspondants.

Les efforts internationaux de lutte contre la corruption s'appuient sur la Convention des Nations Unies du 31 octobre 2003 contre la corruption[38], qui est entrée en vigueur en Suisse le 24 octobre 2009. L'art. 9 de cette convention porte sur les marchés publics. Il dispose que chaque État partie prend les mesures nécessaires pour mettre en place des systèmes appropriés de passation des marchés publics qui soient fondés sur la transparence, la concurrence et des critères objectifs pour la prise des décisions et qui soient efficaces, entre autres, pour prévenir la corruption. On peut par exemple penser ici à la publication active et appropriée de toutes les informations relatives à une procédure d'adjudication et à la divulgation des différentes étapes de la procédure aux soumissionnaires, au respect des obligations de dénonciation en cas de constatation d'actes de corruption et d'autres actes pénalement répréhensibles, à la participation active aux investigations et à la poursuite pénale de la corruption, ainsi qu'au gel, à la saisie, à la confiscation et à la restitution des produits des infractions, au prononcé de sanctions disciplinaires et à la mise en œuvre des conséquences en matière de personnel, à l'approfondissement actif et à la diffusion de connaissances concernant la prévention de la corruption, la formation et le perfectionnement du personnel ou l'utilisation de codes de conduites et de normes de conduite pour l'accomplissement correct et en bonne et due forme des missions par l'adjudicateur.

La convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption[39] est entrée en vigueur, pour la Suisse, le 30 juillet 2000 déjà. Elle oblige les parties à punir les actes de corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. Par ailleurs, le Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption a édicté une recommandation sur la lutte contre la corruption dans le domaine des marchés publics, selon laquelle les soumissionnaires convaincus de corruption sur le sol helvétique ou à l'étranger doivent se voir interdire tout accès aux procédures de marchés publics en Suisse. Sur cette base, il est prévu qu'un adjudicateur puisse exclure un soumissionnaire soupçonné de corruption avérée de la procédure d'adjudication, le radier d'une liste ou révoquer l'adjudication (voir art. 44, al. 1, let. e). Dans les cas graves, les sanctions prévues à l'art. 45, al. 1 peuvent être appliquées.

Let. c: le principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires suisses et étrangers ne vaut (sous réserve de l'art. 6, al. 3 de l'accord entre la Suisse et l'UE) que pour les marchés soumis aux accords internationaux. D'une part, il faut traiter les soumissionnaires étrangers et les soumissionnaires suisses de la même manière; d'autre part, il faut garantir l'égalité de traitement au sein de ces deux groupes. Le principe du traitement national exclut la passation de marchés sur la base de considérations protectionnistes. Par exemple, l'origine d'un produit ou le fait qu'un soumissionnaire a son siège à proximité ou qu'il a une certaine importance économique et fiscale pour la région ne peuvent

---

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

[38] RS **0.311.56**

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

en principe jouer aucun rôle dans la décision d'adjudication. Ce principe va au-delà de la simple égalité de traitement entre soumissionnaires suisses et étrangers et de la prévention du protectionnisme. Ainsi, il faut par exemple également éviter qu'un soumissionnaire n'obtienne un avantage par rapport aux autres en matière d'information; si cela ne peut être évité, cet avantage doit être compensé dans la mesure du possible (voir art. 14, al. 1). Le principe de l'égalité de traitement est également violé si l'adjudicateur n'offre qu'à *un seul* soumissionnaire la possibilité de modifier son offre.

Let. d: les enchères au moins-disant sont des négociations qui ont pour seul objectif de faire baisser le prix d'une offre. L'interdiction des négociations portant sur le prix répond également à une exigence formulée par plusieurs associations économiques lors de la procédure de consultation. Les négociations de ce type étaient jusqu'à présent autorisées sans restriction par le droit fédéral (art. 26 OMP). Elles sont en revanche déjà interdites par le droit intercantonal à l'heure actuelle (art. 11 AIMP). Cette interdiction repose notamment sur la crainte que les soumissionnaires ne prévoient dans leurs offres des marges auxquelles ils renonceront lors des négociations sur le prix. Pour éviter de telles pratiques et garantir une transparence maximale, le P-AIMP intègre cette interdiction. Cela ne signifie cependant pas pour autant que des modifications de prix sont totalement exclues. Dans le cadre de la rectification des offres (art. 39) ou de procédures spéciales comme le dialogue (art. 24), l'objet du marché peut ainsi régulièrement subir de petites modifications. Pour que le principe de l'économicité puisse être respecté, la présentation d'une nouvelle offre de prix sera alors généralement indiquée dans de tels cas. Le prix peut également être adapté lors de la négociation de l'offre présentée dans le cadre d'une procédure d'adjudication de gré à gré (art. 21 al. 1) ou dans le cadre des enchères électroniques (art. 23).

Let. e: les soumissionnaires ont droit à ce que leurs données et leurs secrets d'affaires soient protégés. Si cette protection n'est pas assurée, il ne peut y avoir de concurrence efficace entre les soumissionnaires. Si un manque de transparence encourage la corruption et conduit à une mauvaise gestion, un excès de transparence favorise les pratiques concertées entre les soumissionnaires et nuit à la concurrence. De plus, les soumissionnaires risquent de ne plus participer aux appels d'offres publics s'ils doivent craindre que leur offre soit accessible à des tiers (tels que des entreprises concurrentes ou des journalistes). La confidentialité protège donc non seulement les intérêts privés des soumissionnaires, mais également le bon fonctionnement des procédures d'adjudication. Demeurent réservées les nombreuses obligations de publication prévues par le droit positif, dont celles qui concernent l'avis préalable relatif à un appel d'offres public, l'adjudication et l'interruption de la procédure (art. 48, al. 1). Par ailleurs, les adjudicateurs rendent compte de leurs achats en établissant des statistiques détaillées (art. 50).

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

Même si l'exigence relative au respect de normes sociales et les principes de traitement national et de non-discrimination peuvent être contradictoires, l'idée s'est imposée que le respect des prescriptions minimales en matière de protection des travailleurs, des conditions de travail ainsi que de l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes est indispensable pour garantir le bon fonctionnement de la concurrence. En Suisse, il faut respecter en particulier des dispositions impératives du CO, de la loi du 13 mars 1964

sur le travail (LTr)[40] et de ses ordonnances d'exécution ainsi que de la loi du 24 mars 1995 sur l'égalité (LEg)[41]. Doivent également être observées les dispositions des conventions collectives de travail et des contrats-types de travail, ou, lorsque ces instruments font défaut, les conditions de travail habituelles dans la région et dans la profession. La sous-enchère abusive en matière de conditions de travail, la violation des dispositions applicables relatives à la protection des travailleurs et les inégalités de traitement salarial entre femmes et hommes peuvent entraîner une distorsion de la concurrence.

Al. 1

L'al. 1 prévoit une forme particulière de traitement national, dans la mesure où il dispose que tous les marchés portant sur des prestations à exécuter en Suisse ne sont adjugés qu'à des soumissionnaires qui respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail en vigueur en Suisse. Les soumissionnaires étrangers sont donc traités de la même manière que leurs concurrents helvétiques. Tandis que les soumissionnaires étrangers qui fournissent des prestations en Suisse devront respecter les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail en vigueur au lieu d'exécution, les soumissionnaires ayant leur siège ou leur établissement en Suisse devront respecter comme précédemment les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail en vigueur au lieu de leur siège ou de leur établissement (principe du lieu de provenance selon la LMI). On réduit ainsi les charges administratives des soumissionnaires opérant en Suisse, dans la mesure où ils ne devront pas observer des conditions de travail différentes selon le lieu d'exécution du marché.

Dans le cadre de l'élimination des divergences, le Parlement fédéral s'est prononcé de façon générale en faveur du principe du lieu d'exécution, contrairement au projet du Conseil fédéral, et a donc abandonné une solution harmonisée avec les cantons. Contrairement à la Confédération, le principe du lieu de provenance selon la LMI reste donc valable pour les cantons. Une harmonisation dans le sens d'un alignement sur la Confédération n'aurait par conséquent été possible sur ce point que si la LMI avait parallèlement été adaptée. Le Parlement fédéral a toutefois renoncé à une telle adaptation.

Dans le cadre de l'enquête de l'été 2019, certains cantons ainsi que le BIC (cantons FR et VD) ont demandé que le principe du lieu d'exécution s'applique désormais à la place du principe du lieu de provenance. L'AiMp a mené une discussion approfondie sur cette proposition. Il a été décidé d'obtenir une expertise de la Commission de la concurrence (COMCO). Selon cette expertise, la LMI est fondée sur le principe du lieu de provenance, basé sur le postulat que les différentes conditions de travail sont équivalentes. Toutefois, ce principe du lieu de provenance ne s'applique pas de façon absolue. Le principe peut être limité dans des cas individuels en faveur du principe du lieu d'exécution, mais uniquement lorsque cela est nécessaire pour sauvegarder des intérêts publics prépondérants et que la protection de ces intérêts n'est pas déjà assurée par les prescriptions du lieu de provenance (art. 3, al. 1 et 2 LMI)[42].

Al. 2

Le principe du lieu d'exécution s'applique sans restriction lorsque les prestations sont fournies à l'étranger. Ces dernières années, différents scandales liés aux abus constatés

---

[40] RS **822.11**
[41] RS **151.1**
[42] Expertise de la COMCO du 21 octobre 2019 concernant l'admissibilité du principe du lieu d'exécution pour les conditions de travail dans le droit cantonal des marchés publics.

dans des entreprises de production ont attiré l'attention sur l'importance du respect de normes sociales et de normes de travail minimales. Alors que l'AMP 2012 ne règle pas cette question de manière explicite, cela fait longtemps que le respect de normes de travail minimales est exigé en Suisse et dans l'UE. Aujourd'hui déjà, les cantons et la Confédération exigent, pour les marchés à exécuter à l'étranger, que soient respectées au moins les conventions fondamentales de l'OIT. Si la législation en vigueur au lieu d'exécution est plus stricte, elle doit être respectée.

Les conventions fondamentales de l'OIT sont les suivantes:

– Convention nº 29 du 28 juin 1930 concernant le travail forcé ou obligatoire[43];
– Convention nº 87 du 9 juillet 1948 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical[44];
– Convention nº 98 du 1er juillet 1949 concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective[45];
– Convention nº 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 égale[46];
– Convention nº 105 du 25 juin 1957concernant l'abolition du travail forcé[47];
– Convention nº 111 du 25 juin 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession[48];
– Convention nº 138 du 26 juin 1973 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi[49];
– Convention nº 182 du 17 juin 1999 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination[50].

Ces huit conventions fondamentales sont mentionnées à l'annexe 3. Une grande majorité des 185 États membres de l'OIT, dont la Suisse, les a ratifiées. La Déclaration de l'OIT de 1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail[51] oblige tous les États membres, du seul fait de leur appartenance à l'OIT, à respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi et conformément à la Constitution, les droits fondamentaux qui sont l'objet de ces huit conventions.

Dans le cas des soumissionnaires venant de l'UE ou de l'AELE, c'est l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP)[52] qui s'applique. L'ALCP fait référence à la directive 96/71/CE relative au détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services, telle qu'en vigueur au moment de la signature de l'accord[53].

---

[43] RS **0.822.713.9**
[44] RS **0.822.719.7**
[45] RS **0.822.719.9**
[46] RS **0.822.720.0**
[47] RS **0.822.720.5**
[48] RS **0.822.721.1**
[49] RS **0.822.723.8**
[50] RS **0.822.728.2**
[51] FF **2000** 357
[52] 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 RS **0.142.112.681**
[53] Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, JO L 18 du 21.1.1997, p. 1.

L'art. 2 de la loi du 8 octobre 1999 sur les travailleurs détachés (LDét)[54] dispose que les employeurs doivent garantir aux travailleurs détachés au moins les conditions de travail et de salaire prescrites par les lois fédérales, ordonnances du Conseil fédéral, conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire et contrats-types de travail au sens de l'art. 360*a CO* dans les domaines suivants:

– la rémunération minimale, y compris les suppléments;
– la durée du travail et du repos;
– la durée minimale des vacances;
– la sécurité, la santé et l'hygiène au travail;
– la protection des femmes enceintes et des accouchées, des enfants et des jeunes;
– la non-discrimination, notamment l'égalité de traitement entre femmes et hommes en ce qui concerne le salaire.

Dans le cadre des délibérations, le Parlement fédéral a décidé qu'en sus des conventions fondamentales précitées l'adjudicateur peut également exiger le respect d'autres standards de travail internationaux importants et réclamer des preuves correspondantes, de même que convenir de la mise en place de contrôles. Du point de vue des cantons, l'amendement correspondant représente un instrument approprié permettant d'encourager l'égalité de traitement entre soumissionnaires suisses et étrangers.

Dans l'enquête de l'été 2019, une grande majorité des cantons a salué l'adaptation opérée par le Parlement fédéral. L'AiMp l'a donc acceptée et adoptée.

Al. 3

L'introduction d'un article 12*a* LMP supplémentaire a été proposée dans le cadre des débats au Conseil national, afin d'exiger notamment que l'adjudicateur ne puisse octroyer un marché public qu'à des soumissionnaires qui respecteraient au minimum les prescriptions légales en matière de protection de l'environnement et de préservation des ressources naturelles en vigueur au lieu de la prestation. En raison des avis divergents sur cet article, la Commission de rédaction du Parlement a finalement été chargée d'intégrer l'art. 12*a* LMP dans l'art. 12 LMP existant. Il n'a pas été précisé comment cette intégration devait précisément être réalisée. La teneur actuelle de l'al. 3 est le résultat de la procédure d'élimination des divergences du Parlement fédéral. Il a ainsi été possible de radier l'art. 12*a* LMP proposé. Pour des raisons d'harmonisation, les cantons reprennent cette disposition reformulée sur la base de l'enquête de l'été 2019, bien qu'une telle réglementation puisse s'avérer problématique à la lumière de l'AMP 2012. La pratique et la jurisprudence devront préciser ce qu'il en est. Les engagements internationaux en matière de protection de l'environnement acceptés par la Suisse et qui doivent donc être respectés sont énoncés dans l'annexe 4.

Dans l'enquête de l'été 2019, une grande majorité des cantons a salué l'adaptation opérée par le Parlement fédéral. L'AiMp l'a donc acceptée et adoptée.

Al. 4

Les dispositions de protection selon les al. 1 à 3 doivent également être respectées par tous les sous-traitants et intégrées dans les contrats entre les soumissionnaires et les sous-traitants. Les fournisseurs de matières premières, les bailleurs de sites de production, les prestataires de services généraux pour l'exploitation commerciale, etc., qui n'apportent pas de contribution déterminante à l'exécution du marché, ne sont pas des sous-

[54] RS **823.20**

traitants. Les contrôles selon l'al. 4 peuvent être réalisés via les soumissionnaires ou directement auprès des sous-traitants. Dans le secteur du bâtiment, l'entrepreneur contractant selon l'art. 5 LDét assume une responsabilité solidaire subsidiaire pour ses sous-traitants. Cela ne vaut pas uniquement pour les travailleurs détachés (art. 1, al. 2, LDét).

Al. 5

L'adjudicateur peut soit contrôler lui-même le respect des exigences définies aux al. 1 et 2, soit confier ce contrôle à des tiers qualifiés (cf. les commentaires de l'al. 5). Sur demande, les soumissionnaires doivent prouver qu'eux-mêmes et leurs sous-traitants respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail applicables ainsi que le principe de l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes. L'adjudicateur peut également fonder sa vérification sur les attestations liées à des systèmes de certification reconnus ou délivrées par les registres professionnels. À titre d'exemple, on peut mentionner le registre professionnel concernant les branches suivantes: peinture et plâtrerie, montage d'échafaudages, aménagement d'intérieur et plafonds, carrelage. Sur demande, ce registre fournit aux soumissionnaires un document destiné à être remis aux adjudicateurs qui atteste qu'ils respectent les conventions collectives de travail.

L'al. 5 concerne également le respect des obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la loi du 17 juin 2005 sur le travail au noir (LTN)[55], en particulier dans le domaine du droit des assurances sociales, des étrangers et de l'imposition à la source. L'art. 44, al. 2, let. g, prévoit qu'une infraction aux dispositions relatives à la lutte contre le travail au noir constitue un motif d'exclusion de la procédure, de radiation d'une liste et de révocation de l'adjudication ainsi que de sanctions (art. 45 al. 1). C'est pourquoi l'adjudicateur doit pouvoir faire contrôler le respect de ces obligations.

Le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et des conditions de travail peut être contrôlé tant pendant la procédure d'adjudication qu'après la conclusion du contrat. Cette dernière option est particulièrement opportune dans le cas des chaînes d'approvisionnement dont la composition est changeante (par ex. dans l'industrie textile). Les cas de non-respect peuvent être sanctionnés par des clauses appropriées dans les contrats de marchés publics, notamment par des peines conventionnelles.

Al. 6

L'al. 6 règle l'échange d'informations entre l'adjudicateur, d'une part, et les différents organes de contrôle du marché du travail ainsi que les autorités instituées par des lois spéciales, d'autre part. Pour que l'adjudicateur ou l'autorité compétente puisse appliquer les sanctions prévues à l'art. 45, les informations nécessaires doivent pouvoir être échangées avec les autorités et les organes compétents, par exemple les informations sur l'existence d'une infraction aux conditions minimales de salaire et de travail. Font partie des organes de contrôle notamment:

– les organes de contrôle mentionnés à l'art. 4 LTN;
– les autorités mentionnées à l'art. 11 LTN, et notamment dans les domaines de la sécurité sociale, des étrangers et de l'imposition à la source;
– les organes d'exécution paritaires au sens de l'art. 3 de la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail[56];

---

[55] RS **822.41**
[56] RS **221.215.311**

– les commissions tripartites au sens de l'art. 360*b* CO;
– les autorités cantonales d'exécution au sens de l'art. 41 LTr;
– les organes d'exécution au sens de l'art. 85 de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (LAA)[57].

Art. 13 Récusation

Al. 1

Les soumissionnaires ont droit à l'évaluation de leurs offres par une instance indépendante. Les règles de récusation du droit général des marchés publics sont applicables également aux pouvoirs adjudicateurs. Pour autant, il convient d'éviter que les exigences ne deviennent excessives. La pratique d'indépendance du juge constitutionnel ne saurait être transposée d'office aux achats publics. Des échanges personnels entre soumissionnaires et pouvoirs adjudicateurs ne peuvent être exclus. La notion d'indépendance n'est pas abstraite; elle doit toujours être appréciée en relation avec les tâches et fonctions du droit des marchés publics.

La coexistence de différents éléments qui, pris séparément, ne sont pas assez probants pour justifier une récusation peut aussi motiver des soupçons de partialité. Par ailleurs, des intérêts économiques en particulier, liés à l'existence de liens étroits (rapports de travail, participations, etc.) ou d'un rapport de concurrence, peuvent, s'il existe des facteurs objectifs suffisamment probants, donner lieu à une apparence de partialité. Une récusation se justifie plus la proximité est étroite et actuelle. Les relations entretenues par des représentants de l'adjudicateur avec des soumissionnaires dans le cadre d'un contrat en vigueur ou d'une analyse du marché préalable à une acquisition ne sont généralement pas assez étroites pour justifier une récusation.

Une simple apparence de partialité ne suffit pas pour fonder une obligation de récusation; il faut que la partialité affecte concrètement la procédure d'acquisition. Par exemple, s'il est prouvé qu'un collaborateur partial s'est volontairement récusé lors de l'évaluation des offres ou si le rôle qu'il a joué dans la procédure d'acquisition n'a eu aucune influence sur la décision d'adjudication, une répétition de toute la procédure serait disproportionnée et incompatible avec les objectifs du droit des marchés publics.

Les cantons ont repris la modification apportée par le Parlement fédéral selon laquelle tout intérêt personnel dans le marché et non plus seulement un intérêt *direct* justifie la récusation à l'al. 1, let. a, à la différence du projet du Conseil fédéral. Cette modification est appropriée. Une distinction entre des intérêts personnels directs et indirects serait difficilement réalisable dans la pratique et donc pas praticable.

Al. 2 et 3

Le soumissionnaire ne doit pas attendre l'adjudication pour formuler un grief de partialité, mais déposer une demande de récusation dès qu'il a connaissance de faits rendant probable l'existence d'une partialité. L'adjudicateur rend une décision incidente concernant la demande de récusation, en l'absence de la personne soupçonnée de partialité. Le principe selon lequel un soumissionnaire doit invoquer les irrégularités présumées dès qu'il en a pris connaissance vaut pour l'ensemble de la procédure d'adjudication. Il n'est donc pas question d'attendre, pour dénoncer une irrégularité quelle qu'elle soit, que le

[57] RS **832.20**

marché ait été adjugé à un concurrent. Si le soumissionnaire ne respecte pas l'incombance de faire valoir immédiatement ses griefs, il peut perdre le droit de les invoquer valablement dans une procédure de recours ultérieure.

Al. 4

Cette disposition a initialement été proposée au Parlement fédéral, mais n'a finalement pas été adoptée. Elle fait sens pour les cantons en raison des expériences pratiques antérieures, car elle instaure la transparence concernant les règles du jeu lors des concours et des mandats d'étude parallèles. Elle correspond aussi aux réglementations selon les normes SIA (SIA 142/3).

Dans le cadre de l'enquête de l'été 2019, plusieurs cantons et le BIC (cantons FR et VD) ont également salué la reprise de cet amendement. Le comité de pilotage politique a également proposé de reprendre cette disposition en autre parce qu'il s'agit d'une formulation potestative (décision libre de l'adjudicateur). L'AiMp a également approuvé cet amendement.

Art. 14 Préimplication

Al. 1

Cette disposition correspond au § 8 DEMP. Elle découle des principes d'égalité de traitement, de promotion de la concurrence et d'utilisation économe des deniers publics. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il y a préimplication lorsqu'un soumissionnaire a participé à la préparation d'une procédure d'adjudication, par exemple en rédigeant les bases du projet, en établissant les documents d'appel d'offres ou en renseignant l'adjudicateur sur certaines spécifications techniques des prestations à acquérir[58].

Seule une préimplication qualifiée peut entraîner une interdiction de participer à la procédure d'adjudication. Cette conséquence juridique ne survient pas si un soumissionnaire ne dispose sur ses concurrents que d'une longueur d'avance minime en termes de connaissances, si seul un petit nombre de soumissionnaires peuvent fournir la prestation faisant l'objet de l'appel d'offres ou si la participation du soumissionnaire préimpliqué à la préparation de la procédure d'adjudication et son avantage sur ses concurrents en termes de connaissances sont rendus publics, à des fins de transparence, et si ledit avantage est compensé.

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

Al. 2

Il n'est pas toujours possible d'éviter la préimplication d'un soumissionnaire. L'important est que l'adjudicateur préserve l'égalité des chances en communiquant aux autres soumissionnaires les connaissances particulières acquises par le soumissionnaire préimpliqué. Une situation qui est fréquente mais qui ne constitue pas une préimplication au sens du droit des marchés publics consiste dans la mise au concours périodique de contrats

[58] Voir ATF 2P.164/2004 du 25 janv. 2005, consid. 3.1.

de durée. Dans un tel cas, un soumissionnaire ayant déjà fourni les prestations concernées aura naturellement une longueur d'avance sur ses concurrents en matière d'information. Exclure de manière générale les adjudicataires précédents des procédures portant sur des prestations périodiquement mises au concours serait contraire au principe de l'égalité de traitement. Dans ce cas également, il est cependant recommandé de compenser dans la mesure du possible l'avantage en matière d'information, en établissant un rapport sur les prestations fournies et les expériences de l'adjudicataire précédent.

Il est donc aussi important de compenser les asymétries d'information que de les prévenir. L'al. 2 correspond largement au § 8 DEMP et contient une liste non exhaustive de moyens à l'aide desquels l'adjudicateur peut compenser l'avantage concurrentiel d'un soumissionnaire préimpliqué. Le principe de transparence veut non seulement que toute asymétrie d'information soit signalée, mais aussi que toutes les informations pertinentes soient rendues publiques afin que tous les soumissionnaires se retrouvent à égalité (let. a). La communication des noms des participants à la préparation du marché (let. b) ne suffit pas à elle seule à compenser un avantage concurrentiel. En revanche, la prolongation des délais minimaux (let. c), qui vaut pour tous les soumissionnaires, y compris celui qui bénéficie d'un avantage concurrentiel, est tout à fait appropriée pour remédier à l'asymétrie d'information et donc pour compenser cet avantage.

Al. 3

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

Du moment que ses résultats sont communiqués lors de la remise des documents d'appel d'offres, une telle étude de marché n'entraîne pas la préimplication des prestataires contactés avant l'appel d'offres. Si la communication de ces résultats permet de compenser l'avantage en matière d'information acquis par le tiers chargé d'effectuer l'étude et que ce dernier est nommé dans les documents d'appel d'offres, ce tiers n'est pas préimpliqué non plus. Cela vaut en particulier dans les cas où une exclusion aurait pour conséquence une absence objective de concurrence résiduelle. Le Parlement fédéral a renforcé l'al. 3 par une formulation qui prévoit que les études de marché doivent être réalisées de manière transparente. Cet amendement fait également sens pour les cantons.

Art. 15 Détermination de la valeur du marché

Cette disposition correspond pour une large part à l'art. 1ter AIMP en relation avec le § 2 DEMP. La valeur du marché est déterminante pour le choix de la procédure admissible. Les valeurs seuils applicables dépendent du type de marché (art. 16).

Al. 1

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

Al. 2

Lorsque plusieurs marchés portent sur un même type de travaux de construction, de fournitures ou de services et en particulier lorsqu'un marché est divisé en lots, la valeur du marché est la valeur totale cumulée de ces marchés ou lots. Il est en effet interdit de subdiviser un marché public en vue d'éluder les dispositions de l'Accord. Les besoins prévisibles de l'adjudicateur jouent un rôle déterminant. Les prestations qui permettent de répondre à un même besoin doivent faire l'objet d'un même appel d'offres. La prévision et l'identification des prestations nécessaires doivent, du point de vue de leur qualité et de la concordance avec l'étendue effective des besoins, témoigner de la diligence d'un spécialiste du domaine dont relèvent les prestations concernées. L'interdiction de morceler un marché est déjà inscrite dans le droit en vigueur (§ 2 al. 2 DEMP). Elle constitue un élément central du droit des marchés publics (art. II, par. 6, AMP 2012). Il n'est pas nécessaire que l'adjudicateur viole intentionnellement l'Accord pour que la division d'un marché soit illicite. La conséquence objective de cette division, à savoir le fait que les valeurs seuils ne sont pas atteintes, est suffisante.

Al. 3

Pour estimer la valeur du marché, il faut prendre en compte l'ensemble des prestations à adjuger et toutes les rémunérations y afférentes qui sont en étroite relation d'un point de vue matériel ou juridique. Des prestations sont en étroite relation par exemple lorsqu'elles ne peuvent être raisonnablement acquises indépendamment l'une de l'autre, en particulier parce qu'elles remplissent le même but, qu'elles doivent être accomplies par la même personne ou qu'une répartition des responsabilités n'est pas souhaitable. Lors de l'estimation de la valeur du marché, il faut tenir compte non seulement des options de prolongation, mais également des options portant sur des quantités supplémentaires.

Al. 4

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

La prolongation d'un contrat est en principe soumise aux mêmes conditions. Elle devrait cependant être considérée d'un œil encore plus critique que la conclusion d'un nouveau contrat.

Al. 5

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

Une nouvelle adjudication des prestations faisant l'objet du contrat est donc recommandée au plus tard après 48 mois. Il convient de noter que cette disposition ne constitue pas une incitation à morceler les marchés et à conclure des contrats annuels. Du point de vue du droit des marchés publics, les contrats de durée indéterminée doivent néanmoins être conclus avec retenue. Par ailleurs, la valeur du marché doit toujours être estimée en tenant compte des besoins effectifs prévisibles.

Al. 6

Un adjudicateur peut acheter périodiquement la même quantité de la même prestation. Cela vaut par exemple pour le papier pour photocopieurs, les produits de nettoyage pour l'entretien des bâtiments, les combustibles, les carburants, les consommables généraux destinés à l'administration ou encore la publication d'offres d'emploi. Lorsque ces prestations font l'objet d'un contrat de longue durée, la valeur du marché est déterminée sur la base des principes énoncés aux al. 4 et 5. Lorsqu'elles font l'objet de commandes ponctuelles successives (non liées à un contrat de longue durée ou à un contrat-cadre), la valeur du marché doit être calculée conformément à l'al. 6.

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

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

Chapitre 4 Procédures d'adjudication

Art. 16 Valeurs seuils

Al. 1 et 2

Les valeurs seuils selon les annexes 1 et 2 servent à déterminer quelle procédure est applicable compte tenu de la valeur du marché considéré. Les modalités de passation des marchés dont la valeur est inférieure aux valeurs seuils ne sont pas laissées à l'appréciation de l'adjudicateur. La procédure de gré à gré est elle aussi réglementée et soumise à l'Accord.

Les valeurs seuils déterminantes pour l'application des accords internationaux figurent dans les annexes 1, 2 et 3 de l'appendice I (Suisse) de l'AMP 2012, à l'art. 3, al. 4, de l'accord entre la Suisse et l'UE et dans les annexes des accords conclus avec des États tiers concernant l'accès aux marchés. . Les États contractants ont le droit de prévoir des valeurs seuils inférieures, mais non d'élever celles qui sont fixées dans les accords internationaux.

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

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

Al. 3 et 4

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

Sur la base de l'enquête de l'été 2019, certains cantons se sont prononcés en faveur d'une augmentation des valeurs seuils concernant le marché intérieur. Le comité de pilotage politique et l'AiMp se sont prononcés contre, en raison de différentes réflexions politiques, notamment dans le domaine international. Il maintient que les valeurs seuils actuelles doivent être maintenues au niveau actuel, à l'exception des fournitures (procédure de gré à gré désormais jusqu'à 150'000 CHF afin de s'aligner sur les services).

Art. 17 Types de procédures

Comme la législation en vigueur, le P-AIMP prévoit un nombre déterminé de procédures autorisées: la procédure ouverte, la procédure sélective, la procédure sur invitation et la procédure de gré à gré. Aucun nouveau type de procédure ni aucune forme mixte ne sont admis. Cela ne signifie pas pour autant que les types de procédures ne peuvent intégrer des éléments spécifiques au marché concerné. Cela est possible à condition de pouvoir toujours identifier la procédure prévue par l'Accord qui est utilisée et que tant les buts de l'Accord que les principes généraux régissant la procédure soient respectés.

Si des motifs suffisants le justifient, l'adjudicateur peut opter pour une procédure de rang supérieur par rapport à la procédure prévue par l'Accord (par ex. pour la procédure ouverte ou sélective plutôt que pour la procédure sur invitation ou, si les circonstances le permettent, pour la procédure sur invitation plutôt que pour la procédure de gré à gré).

Pour des raisons d'économie administrative, il ne fait pas sens de prévoir une procédure ouverte ou sélective pour des marchés de très faible importance.

Pour choisir entre les procédures ouverte et sélective, l'adjudicateur prend en considération des aspects pratiques, tels que la complexité des prestations à acquérir et le nombre d'offres attendu. La procédure de gré à gré, qui consiste à adjuger un marché directement, sans lancer un appel d'offres, n'est applicable que lors de l'acquisition de fournitures, de services ou de travaux de construction de second œuvre d'une valeur inférieure à 150 000 francs ou de travaux de construction de gros œuvre d'une valeur inférieure à 300 000 francs. En dérogation au principe susmentionné selon lequel le choix de la procédure d'adjudication est déterminé par la valeur du marché, le P-AIMP prévoit que, dans des cas exceptionnels, il est possible de recourir à une procédure de gré à gré (art. 21, al. 2) même si la valeur des marchés concernés dépasse les valeurs seuils déterminantes pour cette procédure.

Art. 18 Procédure ouverte

Al. 1 et 2

La procédure ouverte consiste en un appel d'offres direct, sans présélection des soumissionnaires. Les valeurs seuils selon les annexes 1 et 2 s'appliquent. Tous les soumissionnaires intéressés peuvent présenter directement une offre à l'adjudicateur. Ce dernier peut exclure de la procédure les soumissionnaires qui ne remplissent pas les critères d'aptitude soit par une décision indépendante sujette à recours (art. 53, al. 1, let. g), soit par la décision d'adjudication.

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

Art. 19 Procédure sélective

D'une part, la procédure sélective ne doit s'appliquer qu'aux marchés complexes et exigeants. D'autre part, un grand nombre attendu de soumissionnaires intéressés et des réflexions économiques peuvent également justifier la mise en œuvre d'une procédure sélective. Les valeurs seuils concernant la procédure sélective figurent dans les annexes 1 et 2.

Al. 1

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

Al. 2 et 3

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

Pour autant qu'une concurrence efficace reste garantie, il est possible de limiter, pour des raisons d'efficacité, le nombre de soumissionnaires autorisés à présenter une offre.

L'adjudicateur est alors soumis à une double obligation: premièrement, il doit pouvoir justifier la nécessité de limiter le nombre de soumissionnaires et, deuxièmement, il est tenu d'indiquer dans l'appel d'offres son intention de limiter le nombre de soumissionnaires ainsi que le nombre maximum de soumissionnaires qui seront admis à présenter une offre.

Art. 20 Procédure sur invitation

Al. 1

La procédure sur invitation n'est pas prévue par le droit international. Elle s'applique aux marchés qui ne sont pas soumis aux accords internationaux, dans le respect des valeurs seuils applicables. Ainsi, la procédure sur invitation peut être appliquée pour l'achat de tous les, services, fournitures et travaux de construction de second œuvre d'une valeur comprise entre 150 000 francs et 250'000 francs ou, pour l'acquisition de travaux de construction de gros œuvre, entre 300'000 francs et 500'000 francs (cf. également annexe 2). De manière générale, les règles de la procédure ouverte sont applicables par analogie à la procédure sur invitation, à l'exception des règles en matière de publication.

Al. 2

La détermination du nombre de soumissionnaires invités à présenter une offre et le choix de ces soumissionnaires sont laissés à l'appréciation de l'adjudicateur. Cette disposition correspond à l'actuel art. 12 al. 1 let. b^{bis} AIMP. Pour qu'une concurrence minimale soit garantie, au moins trois soumissionnaires ayant les aptitudes requises doivent être invités à présenter une offre. Cette condition est remplie dans la pratique si au moins trois soumissionnaires sont sollicités pour autant que cela soit possible. Cela ne signifie pas que l'adjudicateur doit recevoir trois offres.

Art. 21 Procédure de gré à gré

Al. 1

Dans la procédure de gré à gré, l'adjudicateur adjuge le marché directement à un soumissionnaire. Cela signifie qu'il engage directement des négociations contractuelles avec un soumissionnaire, sans lancer au préalable un appel d'offres ou une procédure sur invitation. La procédure de gré à gré n'est donc pas comparable aux procédures ouverte et sélective. Les principes du droit des marchés publics (économicité, transparence, concurrence, égalité de traitement des soumissionnaires) s'y appliquent sous une forme atténuée. La possibilité de demander des offres à des fins de comparaison et de procéder à des négociations offre une marge de manœuvre à l'adjudicateur.

Al. 2

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

L'al. 2 transpose dans le droit national la liste des cas d'application de la procédure de gré à gré figurant à l'art. XIII, par. 1, let. a à h, AMP 2012. Cette liste correspond, à de rares modifications près, à celle que contient l'actuel § 9 DEMP. Elle est exhaustive et toute interprétation par analogie est exclue. Selon la pratique constante, les cas d'application énoncés dans cette liste doivent faire l'objet d'une interprétation restrictive, dans

la mesure où ils représentent des exceptions. Il s'agit de cas dans lesquels les procédures ouverte, sélective et sur invitation seraient inapplicables ou inappropriées, par exemple parce qu'une concurrence serait impossible pour des raisons relevant de la protection de la propriété intellectuelle, parce qu'un marché complémentaire doit être adjugé ou parce que, en raison de facteurs imprévisibles et non imputables à l'adjudicateur, un marché est particulièrement urgent.

La possibilité de demander des offres à des fins de comparaison existe également selon l'al. 2, mais elle n'est pas pertinente dans tous les cas d'application. Le cas prévu à l'al. 2, let. c, en particulier, exclut par définition toute concurrence entre soumissionnaires et, par conséquent, la possibilité de demander des offres à des fins de comparaison.

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

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

Let. c: ce cas d'application correspond à une norme en vigueur éprouvée. Elle prévoit qu'un marché peut être passé de gré à gré si, en raison de ses particularités techniques ou artistiques ou pour des motifs relevant de la protection de la propriété intellectuelle, il ne peut être adjugé qu'à un soumissionnaire bien précis. Cette condition est remplie par exemple lorsqu'un soumissionnaire, du fait de l'absence de solutions de rechange adéquates, est seul capable de fournir un produit, un service ou des travaux de construction donnés. Pour justifier le recours à la procédure de gré à gré, l'adjudicateur doit non seulement invoquer des facteurs de nature technique ou artistique ou ayant trait à la protection des droits de propriété intellectuelle, mais également expliquer de façon crédible et prouver que ces facteurs rendent le recours à cette procédure absolument nécessaire. Les clauses contractuelles entre l'adjudicateur et des tiers qui restreignent la concurrence dans un marché public ou qui ont un effet analogue (par ex. une clause d'architecte ou d'ingénieur) ne constituent ni une particularité technique ni une particularité artistique et ne permettent dès lors pas d'invoquer la disposition de la let. c pour justifier un recours à la procédure de gré à gré. Si un soumissionnaire fait recours contre une adjudication de gré à gré, il doit prouver qu'il est disposé et en mesure de fournir des prestations substituables.

Let. d: pour pouvoir invoquer l'urgence du marché, trois conditions cumulatives doivent être remplies. Premièrement, il faut que survienne un événement imprévisible provoquant une situation d'urgence (tel qu'une pandémie, une catastrophe naturelle ou encore l'introduction de nouvelles dispositions légales ou internationales sans délai transitoire, qui rendent nécessaire l'attribution urgente d'un marché). Deuxièmement, l'urgence ne doit pas être imputable à l'adjudicateur (par ex. à son inaction ou à une mauvaise planification). Troisièmement, l'urgence doit être telle que l'adjudicateur ne pourrait remplir ses

obligations s'il appliquait une procédure ouverte, sélective ou sur invitation. S'il existe des solutions moins radicales que le recours à la procédure de gré à gré (par ex. une réduction des délais, telle qu'elle est autorisée par l'art. 47, al. 1, pour les marchés soumis aux accords internationaux), il faut opter pour celles-ci.

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

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

Les marchés complémentaires supposent l'existence d'un marché de base passé conformément au droit des marchés publics. Si, par exemple, la valeur d'un marché complémentaire atteint la valeur seuil déterminante pour les procédures ouverte et sélective, le marché de base doit également avoir été adjugé selon l'une de ces deux procédures. Sauf exception dûment justifiée, la valeur du marché complémentaire ne peut excéder celle du marché de base. Par ailleurs, celui-ci doit avoir été adjugé au moins en procédure sur invitation.

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

La règle énoncée au § 9, al. 1, let. h, DEMP, concernant les nouveaux marchés de construction liés à un marché de base similaire, est abandonnée. Désormais, ces marchés entrent dans le champ d'application de la let. e.

Let. f à h: ces dispositions correspondent à celles de l'art. XIII, par. 1, let. e à g, AMP 2012. Elles n'ont qu'une importance limitée dans la pratique. La disposition relative

au but (art. 2 P-AIMP) doit également être respectée dans les procédures de gré à gré, par exemple lors d'acquisitions effectuées à la faveur d'une liquidation (let. h).

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

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

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

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

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

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

Cette réglementation permettra d'exploiter pleinement la marge de manœuvre que laisse l'AMP 2012. Il est probable que les acquisitions de prestations intellectuelles poursuivent leur progression et qu'elles gagnent donc en importance. L'art. 21, al. 2, let. i, et, de manière générale, les concours et les mandats d'étude parallèles ne concernent pas uniquement le domaine de la construction. Il s'agit de recourir à ces formes de mise en concurrence chaque fois que cela est utile pour réaliser les acquisitions prévues (par ex. lorsqu'on recherche des propositions de solutions dans le cadre de la stratégie énergétique).

Al. 3

Cet alinéa, comme l'art. XIII, par. 2, AMP 2012 et l'actuel § 9 al. 2 DEMP, dispose que l'adjudicateur est tenu d'établir une documentation sur toute adjudication de gré à gré d'un marché dont la valeur dépasse la valeur seuil déterminante. Cette documentation doit notamment indiquer et justifier les raisons et circonstances pour lesquelles il a été renoncé à une procédure ouverte, sélective ou sur invitation. Il n'est pas nécessaire de publier la documentation, compte tenu du fait que l'adjudication comprenant toutes les indications mentionnées à l'art. 48, al. 6 (y compris l'information sur les voies de recours) sera publiée.

Remarque: le Parlement fédéral a introduit un nouvel al. 4 dans la LMP, afin de matérialiser une concrétisation de l'interdiction de discrimination et de la concurrence efficace. Cette disposition a toutefois été rejetée par la grande majorité des cantons ainsi que par

l'ACS et l'UVS, parce qu'elle entre en contradiction avec l'al. 2, let. c et e de cet article. Le comité de pilotage politique a proposé de ne pas reprendre cet amendement. L'AiMp a suivi cet avis.

Art. 22 Concours et mandats d'étude parallèles

Les concours et les mandats d'étude parallèles jouent un rôle important dans les marchés publics. Les *concours d'études* et les *mandats d'études* permettent d'obtenir, lorsqu'ils prennent la forme de concours d'idées ou de mandats d'idées, des propositions de solutions pour des problèmes définis et délimités uniquement dans les grandes lignes ou, lorsqu'ils prennent la forme de concours de projets ou de mandats de projets, des solutions pour des problèmes définis avec précision (concours de projets) ou des problèmes complexes (mandats de projets). Les concours de projets et les mandats de projets permettent également d'adjuger des marchés portant sur la réalisation partielle ou totale des solutions proposées. Les *concours portant sur les études et la réalisation* et les *mandats portant sur les études et la réalisation* permettent d'obtenir des propositions de solutions pour des problèmes définis avec précision (concours portant sur les études et la réalisation) ou pour des problèmes qui sont définis avec précision grâce au dialogue pendant les études. Ils permettent par ailleurs d'adjuger des marchés portant sur la réalisation de ces solutions.

La mention des mandats d'étude parallèles a été ajoutée dans le P-AIMP compte tenu des résultats de la procédure de consultation. Le droit international ne règle pas les concours et les mandats d'étude parallèles.

Comme dans la réglementation en vigueur des cantons, l'adjudicateur peut lui-même définir les principes de tels concours ou renvoyer aux dispositions y relatives des associations professionnelles.

A cet égard, les règlements SIA 142 (2009) et SIA 143 (2009), portant respectivement sur les concours et sur les mandats d'étude parallèles, ont une grande importance pratique. Il s'agit cependant de règlements privés qui, d'une part, s'appliquent uniquement s'ils sont intégrés dans les documents d'appel d'offres et, d'autre part, ne peuvent déroger aux dispositions (impératives) du droit des marchés publics en vigueur. On peut cependant s'y référer à des fins d'interprétation ou pour combler des lacunes.

Art. 23 Enchères électroniques

Les projets d'acquisition se déroulent de plus en plus par voie électronique, ce qui a pour effet non seulement de réduire les coûts, mais également d'augmenter la transparence et de favoriser l'accès au marché de soumissionnaires provenant d'autres régions. Les art. 35 de la directive 2014/24/UE et 53 de la directive 2014/25/UE énoncent tous deux des principes concernant les enchères électroniques.

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

Pour que les soumissionnaires puissent facilement participer aux enchères électroniques et pour garantir la sécurité de la procédure, l'adjudicateur doit, lorsqu'il recourt à cet instrument, d'une part utiliser des systèmes et programmes informatiques qui sont généralement disponibles et interopérables avec d'autres systèmes et logiciels, d'autre part mettre en place des mécanismes de sécurité qui protègent les offres contre les accès non autorisés (art. IV, par. 3, AMP 2012).

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

Al. 1 et 2

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

L'enchère électronique porte sur les prix lorsque le marché est adjugé au soumissionnaire présentant l'offre dont le prix total est le moins cher 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. L'Accord prévoit que cet instrument ne peut être utilisé que pour l'acquisition de prestations standardisées.

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

Al. 3

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

Al. 4

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

Al. 5

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

Art. 24 Dialogue

Le dialogue – terme emprunté à la terminologie des directives de l'UE – est un instrument qui n'est prévu ni dans l'AMP 1994 ni dans l'AMP 2012. Au sein de l'UE, le «dialogue compétitif» a été instauré par l'art. 29 de la directive 2004/18/CE comme instrument visant à augmenter la flexibilité pour des marchés particulièrement complexes. Selon les explications relatives à cet instrument, les négociations portant sur le prix étaient exclues[59]. L'art. 48 de la directive 2014/24/UE sert à optimiser et à simplifier la procédure du dialogue compétitif.

Une variante suisse du dialogue a été introduite au niveau fédéral en 2010, lors de la révision de l'OMP. Dans l'OMP, contrairement à ce qui est le cas dans la législation européenne, le dialogue n'est pas conçu comme une procédure autonome, mais comme un instrument utilisable dans une procédure ouverte ou sélective. L'instrument du dialogue n'était jusqu'alors pas prévu dans le droit des cantons.

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

Al. 1

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

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

Al. 2

A titre de droit spécial, la disposition relative au dialogue prime l'art. 39 (rectification des offres). Les exigences de l'art. 39, al. 2 ne s'appliquent dès lors pas au dialogue. Le dialogue ne peut être utilisé dans le but de négocier les prix offerts (cf. à ce sujet l'art. 11, let. d). Avec la formulation «prix et prix totaux» finalement retenue, le Parlement a indiqué

---

[59] Explications de la Commission européenne relatives au dialogue compétitif dans la directive 2004/18/CE. Ces explications peuvent être consultées à l'adresse suivante: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue_fr.pdf (état le 25 oct. 2016).

que les renégociations ne sont fondamentalement pas admissibles que ce soit sur certains éléments du prix ou sur le prix total.

Il est cependant tout à fait possible que ces derniers soient adaptés au cours du dialogue par suite de la concrétisation de l'objet du marché.

Les cantons sont d'accord avec la précision importante décidée par le Parlement.

Al. 3

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

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

Suivant l'étendue du marché ou la complexité des questions qui se posent, l'adjudicateur peut diviser le dialogue en plusieurs phases, au cours desquelles l'objet du marché est délimité de plus en plus précisément.

Al. 4

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

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

Al. 5

Pour des raisons de transparence et pour que le déroulement du dialogue puisse être reconstitué et faire l'objet d'un contrôle judiciaire, il est nécessaire d'établir un rapport sur toutes les étapes du dialogue. Si une indemnité est prévue pour les participants au dialogue, le temps consacré à celui-ci doit être documenté.

Art. 25 Contrats-cadres

L'instrument des contrats-cadres n'est prévu ni dans l'AMP 1994 ni dans l'AMP 2012. Les contrats-cadres et les options présentent des points communs: dans les deux cas, l'appel d'offres porte non pas sur un volume de prestations déterminé, mais sur le droit de l'adjudicateur d'acquérir certaines prestations au cours d'une période donnée. Les contrats-cadres sont conclus notamment pour des raisons économiques, pour éviter une dépendance vis-à-vis d'un seul fournisseur ou pour prévenir toute difficulté d'approvisionnement.

Dans les États membres de l'UE, il existe depuis longtemps des entités adjudicatrices centrales qui ont pour tâche d'acquérir des prestations pour une pluralité d'entités adjudicatrices. Pour ce faire, elles recourent à des contrats-cadres. Lorsqu'il s'agit d'acheter de grandes quantités, cet instrument contribue à l'amélioration du jeu de la concurrence et à la rationalisation des marchés publics. Dans le domaine de l'acquisition de médicaments, en particulier, il serait aujourd'hui inconcevable de se passer d'accords-cadres[60].

Al. 1

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

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

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

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

Al. 2

La disposition relative aux éventuels effets des contrats-cadres sur la concurrence repose sur l'art. XV, par. 7, AMP 2012. Il est par exemple inadmissible de conclure un contrat-cadre portant sur les «besoins en informatique pour le canton X ou la commune Y pour les années 2017 à 2020», car cela aurait pour conséquence de soustraire au jeu de la

[60] La notion d'accord-cadre a été introduite dans le droit de l'UE par les directives 2004/17/EC (art. 14 et 29) et 2004/18/EC (art. 32). L'instrument très répandu et considéré en Europe comme une procédure d'adjudication efficace est également prévu dans les directives 2014/24 EC (art. 33) et 2014/25/EC (art. 51).

concurrence, pendant plusieurs années, un nombre considérable de marchés objectivement distincts. Or, un contrat-cadre ne peut avoir pour but ou pour effet d'entraver ou de supprimer la concurrence. Par ailleurs, un contrat-cadre doit toujours concerner une catégorie spécifique de prestations. Celles-ci doivent donc être décrites de manière suffisamment précise. Un contrat-cadre ne sert pas à pallier une description lacunaire des prestations.

Al. 3

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

Par ailleurs, le contrat-cadre est prorogé de la durée des contrats subséquents conclus pendant la durée de validité du contrat-cadre. Il faut cependant veiller, lors de la conclusion de contrats subséquents, à ce que la durée maximale de cinq ans ne soit pas dépassée ou qu'elle ne le soit qu'exceptionnellement et de manière raisonnable. C'est également pour cette raison qu'une durée maximale plus longue n'a pas été prévue. Ainsi, en cas de commande effectuée peu avant l'échéance du contrat-cadre, ce dernier se prolonge jusqu'à la livraison.

Al. 4

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

Al. 5

Le principe de l'offre la plus avantageuse (art. 41) peut également être respecté lors de la conclusion de plusieurs contrats-cadres, si l'on adopte une perspective globale pour juger de ce qui est «le plus avantageux»: s'ils sont utilisés à bon escient, les contrats-

cadres permettent de réduire les coûts de transaction et de gagner du temps et contribuent ainsi à l'économicité des acquisitions. La procédure dite de conclusion des contrats subséquents constitue un moyen supplémentaire de garantir que le contrat soit conclu avec le soumissionnaire dont l'offre est la meilleure.

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

D'autre part, lorsqu'un adjudicateur conclut des contrats-cadres avec plusieurs soumissionnaires (par ex. pour garantir la couverture de ses besoins ou la sécurité d'approvisionnement, pour éviter toute dépendance vis-à-vis d'un fournisseur donné, pour abaisser les coûts de transaction ou pour d'autres motifs suffisants), il peut prévoir d'attribuer les contrats subséquents selon une procédure «mini-tender». Dans le cadre de cette procédure, les besoins et les critères définis dans les documents d'appel d'offres ou dans le contrat-cadre pour l'attribution des contrats subséquents sont concrétisés et les partenaires contractuels sont invités à soumettre une offre concrétisée sur cette base. Ce faisant, ces partenaires doivent satisfaire tant les critères devant impérativement être remplis lors de la remise de leur offre initiale que les critères d'adjudication concrétisés et fixés dans le cadre de la procédure de conclusion des contrats subséquents. Les principes généraux, en particulier celui de l'économicité, doivent toujours être respectés.

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

Chapitre 5 Conditions d'adjudication

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

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

Alors que les critères d'aptitude concernent les capacités et les qualités des soumissionnaires, les spécifications techniques et les critères d'adjudication se rapportent toujours aux prestations attendues et à leurs performances. Lorsqu'un soumissionnaire remplit les

conditions de participation et les critères d'aptitude et que son offre respecte les spécifications techniques (exigences minimales à satisfaire impérativement pour pouvoir exécuter le marché à adjuger), l'adjudicateur examine si et dans quelle mesure cette offre remplit les critères d'adjudication.

En 2001 déjà, les cantons ont intégré le développement durable à la liste des critères d'adjudication pertinents (art. 32, al. 1, DEMP). On observe une évolution similaire au niveau européen.

L'art. IX, par. 1 à 3, AMP 2012 autorise l'utilisation de systèmes d'enregistrement. Ceux-ci doivent permettre d'abaisser les coûts de transaction sans entraver l'accès au marché. L'article du P-AIMP relatif aux listes de soumissionnaires qualifiés a été élaboré sur la base de l'art. 22 DEMP (listes permanentes) À part la Confédération, seuls deux cantons, à savoir le Valais et la Thurgovie, tiennent actuellement de telles listes. Les autres cantons exigent généralement un engagement sur l'honneur devant être remis avec l'offre.

Art. 26 Conditions de participation

Al. 1 et 2

Quel que soit l'objet du marché, les soumissionnaires et leurs sous-traitants doivent remplir les conditions de participation et en apporter la preuve. Il en va de même pour chacun des membres d'une communauté de soumissionnaires. A défaut, le non-respect des conditions de participation peut entraîner des mesures (telles que l'exclusion du soumissionnaire, la révocation de l'adjudication, une amende, l'exclusion des futurs marchés publics). Le rôle de l'adjudicateur consiste à exiger des soumissionnaires et des éventuels sous-traitants qu'ils attestent du respect des conditions de participation à l'aide de preuves (p. ex. par une autodéclaration ou l'inscription sur une liste). La garantie des conditions de participation incombe donc fondamentalement aux soumissionnaires et aux sous-traitants. Les fausses déclarations peuvent entraîner des sanctions pénales et des sanctions prévues par le droit des marchés publics. Le paiement des impôts et cotisations sociales exigibles comprend, outre les impôts et taxes fédéraux (TVA, AVS, AI, APG, AC, LPP et LAA), les impôts cantonaux et communaux.

Concernant l'adjudicateur, le Parlement fédéral a modifié la formulation «veille à» de l'al. 1 en «garantit que». Plusieurs cantons et l'ACS ont refusé cette adaptation, parce qu'ils craignent que la nouvelle formulation puisse entraîner une responsabilité de l'Etat pour l'adjudicateur en cas de non-respect. Le comité de pilotage politique n'a en revanche pas partagé ce point de vue. Selon les documents, le Parlement fédéral n'a pas non plus voulu fonder de responsabilité de l'Etat avec cette nouvelle formulation. Afin de ne pas susciter de doutes, les formulations «s'assure que» ou «si assicura che» ont été choisies en lieu et place de «garantit que» ou «garantisce che» (en dérogation au texte de la LMP) dans les versions française et italienne de l'AIMP, afin de souligner davantage cette idée. L'AiMp a approuvé cette précision linguistique.

Le respect de l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes peut être contrôlé par l'adjudicateur lui-même ou par des tiers. L'adjudicateur peut définir librement les déclarations ou autres preuves qu'il entend exiger des soumissionnaires concernant le respect de l'égalité salariale, des dispositions relatives à la protection des travailleurs et des conditions de travail. Dans les documents d'appel d'offres, il peut par exemple spécifier que les soumissionnaires doivent joindre à leur offre des preuves attestant qu'eux-mêmes et, le cas échéant, leurs sous-traitants remplissent les conditions de participation. En général, il est exigé une déclaration faite au moyen d'un formulaire. Il est également possible d'exiger des attestations relatives aux contrôles effectués par les autorités ou

organes visés à l'art. 12, al. 4. Si les conditions de participation ne sont pas ou plus remplies, l'adjudicateur prend les mesures qui s'imposent.

Al. 3

La remise des preuves requises implique une charge de travail importante pour les soumissionnaires. Les exigences en la matière devraient donc toujours tenir compte de l'objet du marché. Pour éviter une bureaucratie inutile, il peut être judicieux, par exemple, de n'exiger certaines preuves, comme une garantie bancaire, qu'à un stade ultérieur de la procédure (mais dans tous les cas avant l'adjudication) et que de la part du soumissionnaire occupant le premier rang du classement. On décharge ainsi d'un travail superflu les soumissionnaires dont l'offre n'a aucune chance d'être retenue.

Art. 27 Critères d'aptitude

Al. 1

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

Al. 2

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

Al. 3

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

Le Tribunal fédéral juge qu'il est en principe licite d'utiliser les références à la fois comme critère d'aptitude et comme critère d'adjudication (par ex. en exigeant d'une part deux références en lien avec les critères d'aptitude et d'autre part des références supplémentaires se rapportant aux critères d'adjudication et auxquelles il sera attribué un certain nombre de points). Par ailleurs, l'adjudicateur a le droit de se procurer auprès de tiers des références que le soumissionnaire n'a pas produites. Toutefois, si une telle référence désavantage le soumissionnaire concerné, celui-ci doit pouvoir s'exprimer à son sujet (droit d'être entendu)[61].

---

[61] Voir ATF 139 II 489, consid. 3.2 s.

Les preuves exigées peuvent également être fournies à un stade ultérieur de la procédure d'adjudication, lorsque cela a été précisé dans l'appel d'offres ou les documents d'appel d'offres. On limite ainsi la bureaucratie et la charge administrative pour les soumissionnaires.

Al. 4

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

Art. 28 Listes

Ces listes peuvent permettre de renforcer l'efficacité des procédures d'adjudication, dans la mesure où elles évitent de devoir revérifier chaque fois l'aptitude d'un soumissionnaire. Elles recèlent cependant le risque de ne pas être actuelles et d'inciter à privilégier les soumissionnaires qui y sont inscrits. Il convient de mettre dans la balance ces deux aspects. La consultation des profils de soumissionnaires figurant sur la plateforme Internet de la Confédération et des cantons permet un gain d'efficacité similaire. Là encore, il faut s'assurer que les données soient constamment à jour et que les soumissionnaires dépourvus de profil ne soient pas désavantagés.

Al. 1 et 2

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

Al. 3

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

Al. 4

Qu'ils soient inscrits ou non sur une liste, tous les soumissionnaires doivent avoir la possibilité de prouver leur aptitude dans le cadre d'une procédure d'adjudication donnée en présentant des moyens de preuve individuels (par exemple engagement sur l'honneur). En clair, un adjudicateur ne peut pas autoriser uniquement des soumissionnaires figurant sur une liste à participer à la procédure.

Al. 5

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

Art. 29 Critères d'adjudication

Dans le cadre de l'élimination des divergences entre le Conseil national et le Conseil des Etats, la question essentielle des critères d'adjudication a été discutée en détail et de façon différenciée. Le Conseil des Etats a exigé que le «pouvoir d'achat» dans le pays dans lequel une prestation est fournie soit également pris en compte dans les marchés publics. Pour finir, un accord a été trouvé sur les «niveaux de prix» dans les pays dans lesquels la prestation est fournie. Par cette formulation, le Parlement a voulu exprimer l'idée qu'il faut accorder davantage d'importance aux intérêts de la Suisse. . Dans le même temps, il a introduit au début de la disposition une précision selon laquelle ce critère ne serait applicable qu'en tenant compte des engagements internationaux de la Suisse. Les autres critères «plausibilité de l'offre» et «fiabilité du prix» nouvellement introduits par le Parlement visent en outre à promouvoir une concurrence axée sur la qualité dans les marchés publics.

Bien que les critères d'adjudication représentent une disposition essentielle du droit des marchés publics, l'enquête de l'été 2019 auprès des cantons montre que les critères «les différents niveaux de prix pratiqués dans les pays où la prestation est fournie» et «fiabilité du prix» introduits par le Parlement fédéral seront difficilement applicables. L'enquête l'a clairement révélé, même si certains cantons saluent le changement de paradigme de la concurrence basée sur le prix à une concurrence basée sur la qualité (la qualité est désormais un critère obligatoire). Seul le critère «plausibilité de l'offre» déjà connu et validé par le Tribunal fédéral a été approuvé. Le comité de pilotage politique a par conséquent proposé de ne reprendre que le critère «plausibilité de l'offre» et de conserver en outre la formulation potestative de la disposition, comme dans la version initiale du Conseil fédéral et des cantons. Une harmonisation complète de cette disposition n'est donc pas soutenue par les cantons. L'AiMp a également approuvé la proposition du comité de pilotage politique. Les cantons ne reprennent pas le complément «dans le respect des engagements internationaux de la Suisse» inséré par le Parlement fédéral, parce qu'il s'applique même sans être mentionné et parce qu'il a été inséré en relation avec le critère «différents niveaux de prix».

Al. 1

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

Comme l'actuel § 32 DEMP en lien avec l'art. 13 let. f AIMP, cette disposition contient une liste non exhaustive de critères d'adjudication possibles, dont certains entrent dans la catégorie des objectifs dits secondaires. La prise en considération de ces critères ne doit pas conduire à une discrimination de certains soumissionnaires.

A l'instar du prix, le critère d'adjudication de la qualité doit désormais toujours être pris en compte dans le cadre de l'évaluation de l'offre. Il s'agit de conférer plus d'importance à une pratique des marchés publics axée sur la qualité. Les marchés portant sur des prestations standardisées ne sont pas concernés (art. 29, al. 4).

La plausibilité de l'offre peut également être utilisée comme critère d'adjudication en raison de la jurisprudence du Tribunal fédéral[62]. Un adjudicateur peut donc procéder à une déduction concernant une offre, si un soumissionnaire sous-estime fortement la charge de travail associée à la prestation et/ou ne reconnaît pas la difficulté d'un projet. Des offres étonnamment basses peuvent, en revanche, être totalement exclues de la procédure, pour autant que les conditions de l'art. 44, al. 2, let. c soient remplies (absence de preuve du respect des conditions de participation par le soumissionnaire ou absence de garantie que les prestations faisant l'objet du marché seront réalisées conformément au contrat).

«Coûts du cycle de vie» est une expression générique recouvrant les coûts d'acquisition, d'exploitation, de démolition et d'élimination. Les coûts d'utilisation comprennent les coûts d'utilisation (par ex. consommation d'énergie et d'autres ressources) et les coûts de maintenance. Si l'adjudicateur évalue les coûts en fonction du cycle de vie, il précise dans les documents d'appel d'offres les données que les soumissionnaires doivent lui fournir et la méthode utilisée pour calculer les coûts du cycle de vie.

Le critère du «développement durable» comprend trois dimensions, à savoir les dimensions économique, écologique et sociale. La dimension écologique recouvre la compatibilité environnementale ainsi que la préservation et l'utilisation rationnelle des ressources. Ces aspects peuvent être évalués au travers de facteurs tels que la teneur en polluants, la pollution de l'eau, des sols et de l'air, la consommation d'énergie ou d'eau et l'impact sur la biodiversité. Les critères écologiques peuvent concerner non seulement l'objet du marché en soi, mais également sa fabrication, son utilisation et son élimination. La dimension sociale permet par exemple d'acheter des produits issus du commerce équitable ou d'accorder de l'importance à l'emploi de personnes atteintes dans leur santé ou à la réinsertion professionnelle des chômeurs de longue durée. Pour définir des aspects écologiques et sociaux et les évaluer, l'adjudicateur peut s'appuyer sur des systèmes de certification reconnus sur le plan international. Cela simplifie les contrôles et les processus d'évaluation. Il faut toutefois toujours admettre les preuves relatives au respect d'exigences équivalentes.

Al. 2

La prise en considération de la formation d'apprentis, autrement dit d'apprenants en formation professionnelle initiale, comme critère d'adjudication n'a pas de lien direct avec le marché public, mais elle fait l'objet d'une demande récurrente de la part des politiques. A certaines conditions – limitées aux acquisitions pour les marchés non soumis aux accords internationaux – il est même possible d'apprécier la contribution des soumissionnaires à la formation de jeunes collaborateurs. Cette décision est laissée à la libre appréciation de l'adjudicateur et doit être prise dans le respect de l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. Il importe de mettre en relation le nombre de places de formation et l'effectif de l'entreprise. C'est donc la proportion relative qui est déterminante, pas le nombre absolu de places de formation[63]. Le Parlement a par ailleurs indiqué que la mesure dans laquelle les soumissionnaires offrent des places de travail pour des travailleurs âgés ou une réinsertion pour des chômeurs de longue durée peut également être pris en compte.

Dans l'enquête de l'été 2019, la plupart des cantons se sont prononcés en faveur de la reprise de cet amendement sociopolitique du Parlement fédéral et donc de l'harmonisation. Le comité de pilotage politique et l'AiMp ont également donné leur approbation.

---

[62] ATF 143 II 553
[63] Voir ATF 2P.242/2006 du 16 mars 2007, consid. 4.2.1 ss.

Al. 3

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

Al. 4

Les prestations standardisées peuvent être adjugées sur la base du seul critère du prix. L'art. X, al. 7, let. c et l'art. XV, al. 5, let. b AMP 2012 autorisent déjà l'évaluation d'offres sur la base du seul critère du prix. C'est notamment admissible lorsque des normes et standards universellement reconnus définissent déjà suffisamment la qualité du produit ou lorsque des aspects écologiques ont été pris en compte dans les spécifications techniques. L'acquisition de carburants et de combustibles peut être cité à titre d'exemple. Sur ce point, l'adjudicateur jouit d'un pouvoir discrétionnaire. Si aucun critère d'adjudication n'est communiqué dans l'appel d'offres portant sur des biens standardisés, le marché sera adjugé exclusivement en fonction du critère du prix le plus bas.

Cette disposition était initialement prévue à l'art. 41, al. 2 (Adjudication) pour des raisons liées à la systématique du droit. Le Parlement fédéral en a décidé autrement et a introduit la réglementation correspondante ici. Selon le Parlement, il existe cependant aussi des prestations standardisées pour lesquelles des facteurs autres que le prix jouent un rôle. L'amendement de la LMP introduit par le Parlement tend toutefois à exclure de fait la possibilité d'adjuger les prestations standardisées sur la base du seul prix. Différents cantons ont signalé cette contradiction dans le cadre de l'enquête de l'été 2019. Le comité de pilotage politique n'a dès lors proposé qu'une harmonisation partielle avec la Confédération à l'al. 4, en supprimant la clause subordonnée «pour autant que les spécifications techniques concernant les prestations permettent de garantir le respect d'exigences élevées en matière de durabilité sociale, écologique et économique». L'AiMp a approuvé cette proposition.

S'agissant des prestations non standardisées, le prix n'a pas une importance qui l'emporte d'emblée sur les autres critères. Les critères qualitatifs, la capacité de livraison, l'orientation sur le service, la capacité d'innovation mais aussi la durabilité dans la fourniture des prestations peuvent avoir plus de poids. La condition préalable reste que l'utilisation économique des deniers publics selon l'art. 2, let. a doit être garantie au cas par cas.

L'importance du prix dépend toujours aussi du système d'évaluation appliqué. La courbe des prix devrait être choisie (raide ou plate) de manière à bien couvrir la fourchette des offres attendue selon l'analyse du marché. Une formule inappropriée du prix risque de diluer le poids de ce critère, ce qu'il s'agit d'éviter.

Art. 30 Spécifications techniques

Al. 1

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

Al. 2

Comme l'art. VI, par. 2, AMP 1994 et l'art. X, par. 2, AMP 2012, cet alinéa dispose que l'adjudicateur définit les spécifications techniques en se fondant si possible sur des normes internationales, sur des prescriptions techniques appliquées en Suisse, sur des normes nationales ou d'autres documents normatifs reconnus ou sur les recommandations en usage dans la branche. Constituent des documents normatifs autres que les normes techniques par exemple, dans le domaine des produits de construction, les documents d'évaluation européens au sens de la loi fédérale du 21 mars 2014 sur les produits de construction (LPCo)[64]. Les normes ou documents normatifs internationaux au sens de l'al. 2 sont applicables s'ils ont été désignés en Suisse conformément aux prescriptions techniques. Pour les marchés soumis aux accords internationaux, il faut si possible se référer à des normes techniques internationales.

Al. 3

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

Si, exceptionnellement, l'adjudicateur définit les spécifications techniques en se fondant sur des produits ou des services de fournisseurs déterminés, il est tenu d'admettre des produits ou des services concurrents lorsqu'il est prouvé qu'ils satisfont aux exigences. Il doit indiquer dans les documents d'appel d'offres cette possibilité d'offrir des produits ou services comparables, en utilisant une formule telle que «ou équivalent» (cf. la réglementation en vigueur à l'art. 13, let. b AIMP et le § 15, al. 2 DEMP).

Al. 4

Comme l'art. X, par. 6, AMP 2012, l'al. 4 règle spécifiquement les spécifications techniques permettant de préserver les ressources naturelles ou de protéger l'environnement. Les spécifications techniques à visée écologique peuvent, bien qu'elles ne transparaissent alors pas dans le produit final, se rapporter au processus de fabrication s'il existe un lien objectif avec l'objet du marché. C'est également ce que prévoit l'art. I, let. u, AMP 2012. L'adjudicateur peut se baser sur des systèmes de certification reconnus sur

---

[64] RS **933.0**

le plan international pour définir des spécifications techniques pertinentes en matière d'environnement et de ressources et pour vérifier leur respect, mais il doit toujours accepter les preuves relatives au respect d'exigences équivalentes. Par ailleurs, la formulation des spécifications techniques ne doit pas entraîner une distorsion de la concurrence.

Art. 31 Communautés de soumissionnaires et sous-traitants

Al. 1

Comme dans le droit en vigueur, les communautés de soumissionnaires sont en principe admises (§ 5 DEMP). Pour des raisons de transparence, les noms de leurs membres, tout comme les noms des sous-traitants qui fournissent des prestations essentielles, doivent toujours être indiqués dans les offres. Les soumissionnaires ne peuvent invoquer un droit (justiciable) quelconque de constituer une communauté de soumissionnaires. L'adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour décider s'il admet ou non les communautés de soumissionnaires, qui doit cependant toujours être exercé dans le respect du but et des principes du droit des marchés publics. De manière générale, l'accès des soumissionnaires au marché ne doit pas être restreint sans nécessité. La manière dont ceux-ci sont organisés relève de leur liberté économique. Ainsi, de nombreux secteurs comprennent des entreprises dont l'intégration est plus ou moins importante. Dès lors, il ne serait pas admissible d'accepter uniquement les offres de soumissionnaires présentant une intégration verticale complète.

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

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

Al. 2

Le fait qu'un sous-traitant participe plusieurs fois à la procédure peut renforcer la concurrence, notamment lorsque ce sous-traitant a des connaissances ou des ressources particulières (par ex. un parc de machines) qu'on trouve très peu sur le marché. De tels sous-traitants devraient être autorisés à participer plusieurs fois, car cela permet d'obtenir davantage d'offres. D'un autre côté, la participation multiple peut faciliter une collusion entre soumissionnaires, car une part parfois considérable des offres étant commune à ces dernières, elle est neutralisée au regard du droit des marchés publics. Il faut dès lors un motif suffisant (par ex. des connaissances et expériences particulières, des droits de propriété

intellectuelle ou des contrats d'entreprise totale ou générale) pour admettre une participation multiple des sous-traitants.

Les considérations qui précèdent valent également pour la participation des soumissionnaires à plusieurs communautés de soumissionnaires, raison pour laquelle une retenue maximale est de mise lors de l'admission.

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

Al. 3

Cette disposition vise à éviter les offres de soumissionnaires qui n'assument eux-mêmes aucune tâche ou que des tâches secondaires. L'intervention de tels soumissionnaires servant principalement d'intermédiaires prêtant leur nom se traduit généralement par des coûts supplémentaires. Les adjudicateurs doivent acquérir les prestations requises directement auprès des fournisseurs. Dans le cas de sociétés appartenant à un groupe et contrairement à l'opinion exprimée dans le message relatif à la LMP, la prestation ne peut être considérée comme étant fournie par le soumissionnaire lorsqu'elle est fournie par d'autres sociétés du groupe en suisse ou à l'étranger, selon la jurisprudence et la doctrine en vigueur. Les prestations qui sont fournies par d'autres sociétés du groupe ou filiales en Suisse ou à l'étranger doivent être considérées comme des prestations d'un sous-traitant ou d'un membre d'une communauté de soumissionnaires. Les filiales sont éventuellement considérées comme des sous-traitants ou des fournisseurs du soumissionnaire et leurs faits et positions juridiques ne peuvent pas être attribués au soumissionnaire. La prestation caractéristique doit être fournie par le soumissionnaire[65]. Il n'est possible de déroger à ce principe d'une fourniture des prestations par les soumissionnaires que dans des cas dûment justifiés.

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

Art. 32 Lots et prestations partielles

Al. 1

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

Al. 2

L'adjudicateur peut mettre en soumission les prestations requises soit en les considérant comme un tout indivisible, soit en distinguant des sous-ensembles (lots). Le regroupement des prestations peut permettre d'obtenir des prix plus avantageux. La division d'un marché en lots, quant à elle, peut renforcer la concurrence et peut accroître en particulier les chances des PME de participer à des marchés importants. Les lots et les prestations

[65] Arrêt du TAF B-1600/2014 du 2 juin 2014.

partielles ne doivent pas servir à éviter qu'un marché n'atteigne les valeurs seuils (art. II, par. 6, AMP 2012).

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

Al. 3

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

Al. 4 et 5

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

Art. 33 Variantes

Al. 1

A l'heure actuelle déjà, des variantes sont possibles dans le sens du § 12, let. d DEMP. Les variantes dites d'entreprise présentent des avantages comme des inconvénients. D'un côté, elles peuvent permettre aux soumissionnaires de proposer de meilleures solutions que celles qui sont définies dans l'appel d'offres. De l'autre, elles rendent difficile la comparaison des différentes offres. C'est la raison pour laquelle l'adjudicateur peut limiter (par ex. à un domaine) ou exclure totalement la possibilité de présenter des variantes d'entreprise, sans avoir à motiver sa décision. En l'absence d'une telle limitation ou exclusion, les variantes sont admises. Les soumissionnaires doivent cependant toujours présenter une offre pour la solution définie par l'adjudicateur.

Al. 2

En admettant les variantes, l'adjudicateur ne vise pas l'acquisition de prestations autres que celles qui font l'objet de l'appel d'offres. Les variantes permettent plutôt de décrire une autre solution ou une approche différente. Les variantes doivent donc toujours porter sur des prestations qui, de par leur nature, s'éloignent des prestations faisant l'objet de l'appel d'offres, mais qui permettent d'atteindre le même but que ces dernières. Les soumissionnaires doivent prouver cette équivalence fonctionnelle. Les variantes qui ne remplissent pas cette condition d'équivalence ne sont pas prises en considération.

Il est très difficile de comparer des offres qui ne sont pas fondées sur le même type de prix. Si une offre est établie sur la base d'un autre type de prix que celui qui est prescrit (par ex. sur un prix global au lieu d'un prix unitaire), il ne s'agit pas d'une variante, mais

d'une offre qui ne respecte pas les exigences de l'appel d'offres. Il est indispensable que les différentes offres puissent être comparées et évaluées.

Art. 34 Exigences de forme

Al. 1

Les offres doivent être remises par écrit conformément aux indications énoncées dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres. Elles doivent être munies d'une signature juridiquement valable des soumissionnaires, être complètes et parvenir à l'adjudicateur dans les délais. Les règles concernant la remise des offres sont définies dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres.

L'inobservation des exigences de forme peut conduire à l'exclusion de l'offre concernée. Toute irrégularité ne justifie cependant pas une telle sanction. Pour des raisons de proportionnalité, il est possible et même nécessaire de s'abstenir d'exclure l'offre en cause lorsque l'irrégularité constatée est relativement minime et que l'atteinte du but visé par l'exigence de forme qui n'a pas été respectée n'est pas sérieusement compromise (interdiction du formalisme excessif)[66].

Al. 2

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

Chapitre 6 Déroulement de la procédure d'adjudication

Art. 35 Contenu de l'appel d'offres

Cet article met en œuvre les exigences de l'art. VII, par. 2 et 3, AMP 2012 relatives au contenu minimal d'un appel d'offres public. Elles ne sont pas nouvelles par rapport à celles contenues dans le droit actuel. Dès lors qu'une indication est soumise à publication, sa rectification l'est également.

Bst. l: Cette disposition a été complétée par le Parlement fédéral de manière à ce que l'appel d'offres doive, le cas échéant, également contenir l'indication selon laquelle la prestation et le prix doivent être proposés de manière séparée (méthode des deux enveloppes).

Let. m: L'appel d'offres doit tenir compte de la langue de la région dans laquelle les prestations seront fournies. En ce qui concerne les marchés soumis aux accords internationaux, si l'appel d'offres n'est pas rédigé dans une des langues officielles de l'Organisation mondiale du commerce OMC (anglais, français ou espagnol), il doit être accompagné d'un résumé dans l'une de ces langues. Il convient donc de le rédiger en français, seule langue officielle suisse qui soit également une langue officielle de l'OMC. Bien évidemment, le résumé pour les marchés soumis aux accords internationaux est superflu lorsque l'appel d'offres lancé en Suisse est élaboré d'emblée en français.

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

---

[66] Voir ATF 2D_50/2009 du 25 févr. 2010, consid. 2.4.

Let. s: dans le cadre de l'élimination des divergences, le Parlement fédéral a décidé de remplacer l'interdiction des émoluments dits de protection exigée par le Conseil national (proposition de nouvelle let. f à l'art. 11) par une clarification concernant la possibilité de percevoir des émoluments pour la mise à disposition des documents d'appel d'offres (p. ex. modèles, documents, plans, etc.). En conséquence, l'appel d'offres doit, le cas échéant, contenir une mention selon laquelle des émoluments destinés à couvrir les frais peuvent être perçus.

Let. u: Si la participation d'un soumissionnaire à la préparation d'une procédure d'adjudication ne constitue pas une préimplication qualifiée et qu'il est autorisé à remettre une offre (cf. art. 14, al. 1), l'adjudicateur l'annonce dans l'appel d'offres pour des raisons de transparence et divulgue les conditions de participation.

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

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

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

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

***Let. d*:** La pondération des critères d'adjudication doit être annoncée, sauf si le marché porte sur des solutions ou des propositions de solutions ou de procédés (art. 29, al. 3). Dans le cas de tels marchés, il est en effet difficile de pondérer les critères d'adjudication à l'avance.

Let. e: en cas d'acquisitions par voie électronique, les exigences en matière d'authentification et de cryptage en cas de soumission par voie électronique ainsi que les règles présidant aux enchères électroniques figureront dans les documents d'appel d'offres. Les formulations ouvertes anticipent à dessein l'évolution technique dans ce domaine.

Let. g: Cette disposition correspond pour l'essentiel au droit actuel (§ 14 DEMP). Dorénavant, si l'ouverture des offres est publique, le lieu et la date devront être spécifiés dans l'appel d'offres.

Art. 37 Ouverture des offres

Al. 1

Les offres sont ouvertes selon une procédure formalisée et vérifiées afin de s'assurer qu'elles sont formellement complètes. Cela permet d'empêcher, dans un souci d'égalité de traitement des soumissionnaires, des améliorations ultérieures non admissibles des offres. Cette disposition figure déjà au § 26 DEMP. La formulation choisie continue à laisser aux cantons la liberté d'opter pour une ouverture publique des offres dans les procédures sur invitation et les procédures ouvertes, s'ils souhaitent augmenter la transparence de la procédure et la sécurité du droit, ou d'y renoncer complètement, le cas échéant.

Al. 2

Les offres remises sont inscrites dans un procès-verbal à la suite de leur ouverture. Celui-ci ne doit contenir aucune remarque sur le contenu des offres. Ce procès-verbal d'ouverture est versé au dossier de la procédure d'adjudication concernée.

Al. 3

La méthode des deux enveloppes vise à garantir qu'une évaluation qualitative des offres soit effectuée dans un premier temps, sans tenir compte des conditions financières. L'objectif est de permettre un examen des offres de prestations exempt de préjugés. Les offres de prix ne sont connues et prises en compte dans l'évaluation des offres globales qu'à l'occasion de l'ouverture des deuxièmes enveloppes. Les offres non optimales d'un point de vue qualitatif ne peuvent cependant pas être exclues de la procédure, même avec cette méthode d'évaluation.

Al. 4

Sur demande, le soumissionnaire peut consulter le procès-verbal au plus tard après l'adjudication. Par contre, dans le cadre de la procédure de décision, il n'a pas le droit de consulter les autres documents du dossier de la procédure (cf. art. 57 al. 1).

Art. 38 Examen des offres

Les principes énoncés aux alinéas 1 et 2 figurent déjà largement aux § 28 et 29 DEMP. On vérifie tout d'abord si les offres reçues respectent les exigences de forme (remise dans le délai imparti, exhaustivité, signatures, etc.). Elles font ensuite, si nécessaire, l'objet de rectifications arithmétiques, avant d'être examinées au regard des critères d'aptitude et d'adjudication. Il faut ensuite de dresser un tableau comparatif des offres destiné à servir de base à la décision d'adjudication.

Al. 1

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

Al. 2

Les explications sont en principe limitées à la correction des erreurs involontaires et ne peuvent conduire à modifier l'offre ou à remédier par après à des défauts (autres que les erreurs de calcul).

Il appartient à l'adjudicateur de déterminer si et de quelle manière les offres doivent être expliquées.

Al. 3

Cette disposition est fondée sur l'art. XV, par. 6, AMP 2012 et correspond à l'actuel § 31 DEMP. Elle oblige l'adjudicateur qui reçoit une offre à un prix anormalement bas à demander au soumissionnaire s'il remplit les conditions de participation et s'il a bien compris les modalités du marché. Si le soumissionnaire ne peut garantir le respect des conditions de participation, ou le garantir de manière convaincante, ni balayer les doutes éventuels quant à l'exécution correcte du marché, son offre peut être exclue (voir art. 44, al. 2, let. c).

Une offre dont le prix est anormalement bas ne pose en soi pas de problème du point de vue du droit des marchés publics. Sont en revanche illicites les offres déloyales au sens de la loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD)[67]. Une offre est déloyale lorsqu'une entreprise couvre la différence par rapport au prix coûtant en recourant à des moyens illégaux, par exemple en enfreignant des conventions collectives de travail ou en utilisant les économies réalisées par soustraction d'impôt.

L'exclusion d'une offre peut en outre s'imposer aussi lorsque certains prix individuels sont anormalement bas alors que d'autres prix individuels sont anormalement élevés (p. ex. suite au transfert de coûts d'un article auquel correspond un prix unitaire à un article auquel correspond un prix forfaitaire), ce qui expose les pouvoirs publics à un risque considérable. Contrairement à la notion de «prix total» utilisée dans la LMP, les cantons ont choisi de conserver la notion initiale de «prix». Si l'on devait en effet considérer que l'offre est anormalement basse sur la seule base du prix total, cette disposition s'avérerait trop restrictive. En effet les prix individuels indiqués dans l'offre peuvent s'avérer anormalement bas, sans pour autant que le prix total soit également anormalement bas. L'adjudicateur doit donc avoir la possibilité d'exclure une offre lorsque les prix individuels sont anormalement bas et lorsque des investigations poussées révèlent que le soumissionnaire est effectivement incapable de fournir les prestations demandées au prix proposé ou de respecter les modalités du marché.

Al. 4

Cet amendement décidé par le Parlement porte sur une question d'exécution que les cantons reprennent en l'état à des fins d'harmonisation.

Art. 39 Rectification des offres

Afin d'assurer une comparaison équitable, il doit toujours être possible d'ajuster l'objet de la prestation dans le cadre de la rectification. Des contacts directs peuvent être engagés avec les soumissionnaires à l'occasion de la rectification, mais ils doivent être documentés.

Al. 1 et 2

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

La modification ou la réduction des prestations ne doivent pas servir à mettre en conformité des offres qui, au départ, ne satisfaisaient clairement pas aux conditions du marché.

---

[67] RS **241**

Les offres incomplètes ou ne répondant pas aux exigences de l'appel d'offres pour d'autres raisons doivent être exclues de la procédure. Un soumissionnaire ayant présenté une offre qui ne respecte pas les spécifications techniques n'a pas le droit de modifier cette offre de sorte qu'elle remplisse finalement ces dernières. Lorsqu'une offre présente des défauts minimes, l'adjudication doit, compte tenu de l'interdiction du formalisme excessif, permettre au soumissionnaire de la rectifier.

Al. 3

L'art. XII, par. 1, AMP 2012 prévoit que des négociations peuvent être menées sous certaines conditions. Tel était déjà le cas de l'AMP 1994. Contrairement aux cantons, la Confédération exploite jusqu'à présent cette possibilité.

Conformément à l'exigence formulée par de nombreux participants à la procédure de consultation et en vue de l'harmonisation avec le droit intercantonal, le droit fédéral n'autorise plus non plus une adaptation sans condition des prix après l'ouverture des offres (voir également l'art. 11, let. d). Une telle adaptation peut s'avérer nécessaire lorsque l'objet du marché doit être modifié ou précisé dans le cadre de la rectification des offres. Le principe de l'économicité des acquisitions peut impliquer qu'une modification des prestations offertes conduise à une adaptation des prix. Dans le cas des appels d'offres fonctionnels, qui indiquent uniquement le but du marché, il est régulièrement nécessaire d'adapter des éléments de la prestation offerte. Dans ce cadre, le principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires doit toujours être respecté.

Du fait de cette réglementation, on supprime une différence fondamentale entre les législations fédérale et intercantonale en vigueur, ce qui signifie que les négociations portant sur les prix sont exclues en principe (cf. également l'art. 24, al. 2 à ce sujet). Le P-AIMP n'exploite pas toute la marge de manœuvre que laisse l'AMP 2012 et autorise une rectification du contenu des offres avec une adaptation consécutive des prix uniquement dans des cas dûment justifiés et dans un cadre formel strict.

Al. 4

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

Art. 40 Évaluation des offres

Al. 1

Les offres ne peuvent être évaluées que sur la base des critères d'adjudication indiqués dans l'appel d'offres ou les documents d'appel d'offres. Pour faciliter la comparaison des offres, les résultats de l'analyse sont consignés dans un tableau d'évaluation. En pratique, l'adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation en ce qui concerne à la fois l'établissement de ce tableau et l'évaluation des critères[68]. Le rapport dont cette dernière fait l'objet doit cependant permettre de comprendre clairement les motifs des notes attribuées aux différentes offres et donc faire ressortir nettement les avantages de l'offre retenue par rapport aux autres offres.

[68] Voir ATF 2D_49/2011 du 25 sept. 2011, consid. 7.4.

Al. 2

Selon la complexité des marchés, l'évaluation des offres peut requérir des moyens plus ou moins importants. Lorsque des offres sont établies sur la base d'articles normalisés couramment utilisés dans le domaine du bâtiment ou du génie civil, l'évaluation de quelques chapitres principaux peut suffire pour déterminer quelles offres entrent encore en considération pour l'adjudication. Dans d'autres cas, il peut être nécessaire de réaliser des examens en laboratoire ou des tests sur le terrain pour évaluer les propriétés effectives d'un produit et non seulement ses propriétés théoriques. Compte tenu du principe d'économicité, l'adjudicateur doit pouvoir écarter un certain nombre d'offres après avoir procédé à une première évaluation et ne soumettre que les offres restantes à un examen et à une évaluation plus détaillés. Les soumissionnaires dont les offres ne sont pas retenues à ce stade sont informés de cette décision, qui n'est pas attaquable en tant que telle. Par souci de transparence, il est recommandé d'annoncer dans l'appel d'offres le recours à cette procédure d'évaluation en deux temps et le nombre d'offres qui feront l'objet d'une évaluation approfondie. Dans tous les cas, il faut s'assurer qu'une véritable concurrence subsiste après la réduction du nombre d'offres.

Art. 41 Adjudication

Un principe cardinal de l'AMP veut que le marché soit adjugé à «la soumission la plus avantageuse» (art. XV, par. 5, let. a, AMP 2012: «most advantageous tender»), soit l'offre économiquement la plus avantageuse. Cette dernière formulation jusqu'à présent choisie pour la Suisse francophone correspond aux législations fédérale et cantonales en vigueur et est également conforme à la terminologie des directives de l'UE.

Différents avis se sont exprimés sur cette question dans le cadre des délibérations du Parlement. Ainsi, le Conseil des Etats avait initialement décidé de reprendre la nouvelle formulation du Conseil national, à savoir «l'offre la plus avantageuse», mais d'ajouter à cette notion le critère d'interprétation «meilleur rapport prix-prestation». Après un nouvel examen des différents arguments, le Conseil des Etats a toutefois opté pour la proposition du Conseil national sans apporter d'amendements supplémentaires. La notion d'offre la plus avantageuse» s'applique désormais à l'adjudication, conformément à la LMP. Le Conseil des Etats a toutefois déclaré à propos de cette nouvelle formulation retenue, qu'il suivait certes le Conseil national pour éviter toute contradiction, mais qu'il fallait aussi expliquer pour la documentation ce qu'est «l'offre la plus avantageuse», car il n'y aurait pas d'explications correspondantes dans le message du Conseil fédéral. Il s'agirait en effet toujours de l'offre présentant le meilleur rapport prix-prestation, c.-à-d. l'offre qui obtient le nombre de points le plus élevé sur la base de tous les critères pondérés. Cette évaluation a par la suite été confirmée par le représentant du Conseil fédéral. La proposition déjà exprimée par différents destinataires de la consultation d'introduire la notion d'«offre la plus avantageuse» est donc également reprise par les cantons à des fins d'harmonisation. Différentes voix de la politique, du commerce et de l'industrie ont également estimé que l'offre la plus avantageuse exprimait mieux le fait que d'autres facteurs que le prix étaient également pris en considération.

L'«offre la plus avantageuse» est celle qui répond aux critères d'adjudication de manière optimale, il s'agit donc de la qualité globale de l'offre. Le soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse peut donc faire valoir un droit à l'obtention du marché. Cette offre se détermine en tenant compte de la qualité et du prix des prestations offertes ainsi que, selon l'objet du marché, d'autres critères équivalents, par exemple l'adéquation, les délais, les coûts du cycle de vie, le développement durable, les conditions de livraison, le service à la clientèle, etc. (cf. art. 29). La prise en considération d'objectifs secondaires, tels que la promotion de l'innovation, l'intégration sociale et l'offre de places de formation

professionnelle initiale est également possible, mais ne doit pas conduire à une discrimination ou à un refus injustifié de l'accès au marché.

Dans le cadre de l'enquête de l'été 2019, une majorité de cantons a approuvé la proposition du Parlement fédéral portant sur la nouvelle notion d'«offre la plus avantageuse» à des fins d'harmonisation. Le comité de pilotage politique et l'AiMp ont également approuvé la nouvelle formulation. Différents cantons ont en outre proposé d'intégrer une définition de la notion d'«offre la plus avantageuse» à l'art. 3. Sur la base de l'argumentation du représentant du Conseil fédéral et des délibérations au Parlement fédéral, le comité de pilotage politique a proposé d'y renoncer. L'AiMp a suivi cette proposition.

Art. 42 Conclusion du contrat

Al. 1

L'adjudication fait l'objet d'une décision selon le droit de procédure cantonale. Le contrat qui est alors conclu est généralement (mais pas obligatoirement et pas sans exception) soumis au droit privé. Si le soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse peut s'attendre à ce que le marché lui soit adjugé, il ne peut cependant prétendre à la conclusion d'un contrat (aucune obligation de contracter). Cette dernière dépend du bon vouloir de l'adjudicateur. Pour éviter de longues négociations contractuelles après l'adjudication, certains adjudicateurs ont pris l'habitude de joindre le projet du contrat aux documents d'appel d'offres. Il serait admissible d'indiquer dans l'appel d'offres que les modifications apportées à ce projet de contrat constituent un critère d'adjudication et de l'évaluer en tant que tel.

Cette disposition correspond à l'actuel art. 14, al. 1 AIMP, à la différence près qu'elle mentionne expressément l'obligation d'attendre l'expiration du délai de recours avant de pouvoir conclure le contrat. Bien que les recours n'aient pas d'office un effet suspensif, le contrat ne peut être conclu qu'à l'expiration du délai de recours ou, en cas de recours avec demande d'effet suspensif, qu'après le rejet de cette dernière.

Un contrat conclu prématurément n'est pas automatiquement frappé de nullité (art. 20 CO). Cette conséquence juridique ne se produit que si elle est expressément prévue par la loi ou si elle découle du sens et du but de la norme enfreinte[69]. Le droit des marchés publics, destiné en premier lieu à garantir des acquisitions économiques, ne prévoit pas de sanction aussi lourde. Le vice matériel réside non pas dans la conclusion prématurée du contrat mais, le cas échéant, dans l'infraction aux règles et principes du droit des marchés publics dont la réalité a été établie dans le cadre d'une procédure de recours. Si le tribunal conclut à la réalisation d'une telle infraction, il est concevable qu'il demande à l'adjudicateur de lancer un nouvel appel d'offres.

En ce qui concerne l'applicabilité du droit privé, on fait une distinction, en droit des marchés publics, entre la formation de la volonté de l'adjudicateur, d'une part, et la conclusion du contrat par l'adjudicateur et le soumissionnaire, d'autre part. Le fait qu'au terme de la procédure d'adjudication un contrat de droit privé est conclu avec le soumissionnaire retenu ne fonde aucune responsabilité générale de droit privé de la collectivité publique envers les soumissionnaires qui n'ont pas été retenus[70].

Contrairement au droit européen, le P-AIMP ne dispose pas que le contrat doit être conclu en la forme écrite. Pour des questions de preuve, les marchés publics doivent cependant en principe être conclus par écrit.

---

[69] Voir ATF 102 II 401.
[70] Voir ATF 4A_397/2012 du 11 janv. 2013, consid. 2.2.

Al. 2

Si aucune demande d'octroi de l'effet suspensif n'a été déposée ou si une telle demande a été rejetée, l'adjudicateur peut conclure le contrat avec le soumissionnaire retenu. Un recours devant le Tribunal fédéral contre une décision portant sur des mesures provisionnelles (recours qui, du reste, ne peut être formé qu'au motif de la violation de droits constitutionnels et si la décision concernée soulève une question juridique de principe[71]) ne déploie pas d'effet suspensif, faute de base légale. Étant donné que la conclusion immédiate du contrat est susceptible de constituer un abus de droit, il convient d'observer une période d'attente de cinq jours en général après la réception de la décision de première instance avant de conclure le contrat[72]. Si le contrat est conclu avant la fin de la procédure de recours, le tribunal saisi doit en être avisé. Le recourant ne bénéficie alors plus que de la protection juridique dite secondaire.

Si un crédit d'engagement est nécessaire pour une acquisition, l'adjudication est subordonnée à l'approbation du crédit par l'instance compétente. Cette réserve doit être mentionnée dans l'adjudication. Le délai de recours commence néanmoins à courir dès la notification de l'adjudication, et non pas à partir de l'approbation du crédit. Si, à titre exceptionnel (par ex. pour une question d'efficacité), le contrat est conclu avant que le crédit n'ait été approuvé, il doit comporter une condition suspensive correspondante.

Art. 43 Interruption de la procédure d'adjudication

Al. 1

Une procédure d'adjudication s'achève soit par une décision d'adjudication, soit par une décision d'interruption, qui est notifiée aux soumissionnaires (cf. l'art. 51). Elle peut être interrompue pour des motifs suffisants à n'importe quel stade de la procédure (art. XV, par. 5 AMP 2012, art. 13 let. i AIMP en lien avec § 36 DEMP). L'adjudicateur décide seul de la nécessité du marché. Les motifs d'interruption énumérés à l'al. 1 sont donnés à titre d'exemple. Est déterminant, le fait que la décision de l'adjudicateur d'interrompre la procédure s'appuie sur des motifs objectifs suffisants et qu'elle n'ait ni pour but ni pour effet de discriminer un soumissionnaire ou d'entraver la concurrence[73].

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

Let. b à e: parfois, les exigences relatives à la prestation sont excessivement spécifiques. Une interruption est également licite lorsqu'aucune offre ne répond aux spécifications techniques *ou* aux autres exigences (let. b). Une modification des conditions-cadres et la possibilité qui en résulte de recevoir des offres plus avantageuses (let. c) constituent un autre motif d'interruption de la procédure. Une telle modification se produit par exemple lorsque l'adjudicateur apprend l'existence de nouvelles techniques en cours de procédure. Une interruption est également possible en cas de modification importante des besoins (let. f) ou lorsque les prix des offres présentées dépassent nettement les coûts estimés (let. d). Concernant l'évaluation de l'existence d'un accord illicite affectant la concurrence (let. e), il est renvoyé au commentaire de l'art. 44, al. 2.

---

[71] Voir art. 83, let. f, ch. 2, et 98 LTF.
[72] Voir ATF 2C_203/2014 du 9 mai 2015, consid. 1.4 s.
[73] Voir ATF 134 II 192, consid. 2.3 s.

L'adjudicateur doit indiquer dans la décision d'interruption pour quelles raisons objectives il interrompt la procédure.

Al. 2

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

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

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

a) la faillite;

b) des fausses déclarations;

c) des manquements significatifs ou persistants dans l'exécution d'une prescription ou d'une obligation essentielle d'un marché antérieur,

d) des jugements définitifs concernant un crime ou d'autres délits graves;

e) une faute professionnelle ou des actes ou omissions qui portent atteinte à l'intégrité commerciale du fournisseur;

f) le non-paiement d'impôts.

L'exclusion pour ces motifs n'est possible que si les faits en question sont prouvés («supporting evidence») . La possibilité pour l'adjudicateur d'invoquer les expériences négatives faites dans le cadre de marchés antérieurs ou les résultats d'une enquête menée par la COMCO (offres concertées, collusion) constitue une nouveauté capitale fondée sur l'art. VIII, par. 4, AMP 2012. Les cantons connaissent en revanche aujourd'hui déjà le motif d'exclusion pour cause d'accord illicite affectant la concurrence (cf. le § 27, let. e DEMP).

Al. 1

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

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

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

Let. b: dans l'appel d'offres et dans les documents d'appel d'offres, l'adjudicateur fixe les exigences applicables à la forme et au contenu des offres. Ces exigences doivent être respectées, à moins qu'elles n'aient un effet discriminatoire. Les offres qui ne répondent

pas à ces exigences peuvent être écartées (cf. § 27 let. h DEMP). Lorsqu'une offre présente des défauts minimes, il convient le cas échéant d'accorder au soumissionnaire un court délai pour remédier aux défauts constatés (interdiction du formalisme excessif).

Let. c: cette disposition mentionne la condamnation entrée en force du soumissionnaire ou de ses organes (par «ses organes», on entend les membres de ses organes) pour des faits de gravité variable. Ainsi, ces faits peuvent consister soit dans des crimes contre des tiers, soit dans des crimes ou des délits commis au préjudice de l'adjudicateur. Dans ce deuxième cas, l'adjudicateur est donc le lésé au sens de l'art. 115 du code de procédure pénale (CPP)[74]. La let. c concerne non seulement les crimes et délits faisant l'objet du code pénal (CP)[75], mais également ceux qui sont prévus par les législations spéciales, comme le droit fédéral de la protection de l'environnement (cf. également § 27 let. g DEMP).

Let. d: la procédure de saisie ou de faillite suit une procédure de poursuite menée à terme. Celle-ci se continue soit par un avis de saisie, soit par une commination de faillite. À partir de ce moment, il y a un risque considérable que la fortune du soumissionnaire concerné diminue en raison de mesures d'exécution et qu'il ne dispose donc plus des ressources nécessaires pour l'exécution d'un marché public (cf. également § 27 let. f DEMP).

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

Let. f: les contrôles visés à l'art. 12 peuvent être ordonnés et effectués soit par l'adjudicateur, soit par des autorités instituées par des lois spéciales, soit par des organes paritaires. Les soumissionnaires sont tenus de coopérer lors d'un tel contrôle. S'ils refusent de se soumettre à ces contrôles ou s'ils entravent leur bon déroulement, ils peuvent être exclus de la procédure et rayés de la liste selon l'art. 28.

Let. g: les soumissionnaires qui ne paient pas les impôts fédéraux, cantonaux ou communaux exigibles ou les cotisations sociales exigibles (telles que les cotisations AVS, AI, APG, AC, LPP et LAA) peuvent également être exclus de la procédure (cf. également § 27 let. c DEMP) et rayés de la liste selon l'art 28.

Let. h: l'art. VIII, par. 4, let. c, AMP 2012 autorise les États contractants à exclure un soumissionnaire en raison des expériences négatives faites avec ce dernier dans le cadre

---

[74] RS **312.0**
[75] RS **311.0**

d'un marché antérieur (cf. également § 27 let. g DEMP). Les faits invoqués à ce titre doivent être objectifs et graves. Des défauts ou des manquements mineurs lors de l'exécution de marchés antérieurs ne justifient pas une exclusion.

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

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

Let. j: selon l'art. 45, al. 1, un soumissionnaire se trouvant dans un ou plusieurs des cas énoncés à l'art. 44, al. 1, let. c, et e et al. 2, let. b, f et g, peut être exclu des futurs marchés publics pour une durée maximale de cinq ans. La let. j mentionne explicitement ce motif d'exclusion de la procédure.

Al. 2

L'al. 2 comprend une liste non exhaustive de circonstances qui appellent des mesures dès que l'on dispose d'«indices suffisants» quant à leur existence. Par exemple, en cas de soupçons sérieux concernant un accord illicite affectant la concurrence, il n'est pas possible d'attendre que la COMCO ait terminé son enquête pour exclure les soumissionnaires concernés. Cela vaut également en cas de lourds soupçons d'insolvabilité ou de violation des conditions de participation (telles que les obligations de respecter les dispositions relatives au travail au noir et à la protection des travailleurs, une convention collective de travail et l'égalité de traitement salariale entre femmes et hommes; cf. également à ce sujet le § 27, let. d DEMP). La collaboration dans le cadre de l'exécution du marché suppose une relation de confiance entre l'adjudicateur et le soumissionnaire. Si cette confiance est brisée ou sérieusement menacée, l'adjudicateur ne devrait pas être contraint de collaborer avec le soumissionnaire concerné. Il ne peut toutefois pas non plus exclure un soumissionnaire sur la base d'un simple soupçon. Il est dès lors tenu de clarifier ce dernier et d'évaluer soigneusement les éventuelles preuves.

La formulation potestative des dispositions des al. 1 et 2 implique qu'un manquement du soumissionnaire à ses obligations n'a pas obligatoirement les conséquences mentionnées dans la phrase introductive de l'al. 1.

En cas de condamnation entrée en force pour une grave infraction, une exclusion s'impose.

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

Le principe de proportionnalité et l'interdiction du formalisme excessif doivent être respectés quel que soit le motif d'exclusion[76]. C'est d'autant plus indiqué que l'adjudicateur pourrait, dans la plupart des cas, exclure un soumissionnaire de la procédure, le radier

[76] Voir ATF 2C_782/2012 du 10 janv. 2013, consid. 2.3.

d'une liste ou révoquer une adjudication sur la base de seuls soupçons. S'il a à apprécier des faits relevant d'une branche du droit dans laquelle il ne possède pas de connaissances particulières (par ex. violation de règles professionnelles reconnues, des dispositions sur le travail au noir, le droit de l'environnement ou de l'égalité de traitement salariale entre femmes et hommes, accords illicites affectant la concurrence), il peut au besoin consulter les autorités compétentes.

L'exclusion d'un soumissionnaire de la procédure d'adjudication doit faire l'objet d'une décision qui peut, au choix de l'adjudicateur, intervenir immédiatement ou lors de l'adjudication.

En raison des nouvelles exigences introduites à l'art. 12 concernant le respect des dispositions du droit de l'environnement, le Parlement fédéral a partiellement adapté l'al. 2, let. f. Ainsi, le non-respect des dispositions du droit suisse en matière d'environnement ou des conventions internationales relatives à la protection de l'environnement peut également entraîner une exclusion du soumissionnaire de la procédure, la radiation d'une liste ou la révocation de l'adjudication. Dans le cadre des débats parlementaires, la let. h a également été ajoutée. Elle peut prévoir une exclusion, en cas de violation de la loi fédérale contre la concurrence déloyale. L'amendement est une conséquence du rapport du Conseil fédéral sur le postulat 16.3785 (Marchés publics. Mesures concernant les prestations de planification). Le Conseil fédéral précise dans ce rapport que (dans les marchés publics) les offres déloyales au sens de la loi fédérale contre la concurrence déloyale sont interdites.

Les cantons soutiennent cette réflexion et ont également intégré la disposition relative au droit de l'environnement dans l'AIMP.

Art. 45 Sanctions

La compétence pour prononcer des sanctions découle des dispositions organisationnelles des différents cantons. Toute violation grave des dispositions du droit des marchés publics par un adjudicateur peut entraîner une enquête administrative et des mesures disciplinaires pour les personnes responsables. L'adjudicateur ou l'autorité compétente en vertu de la loi a la possibilité de sanctionner un soumissionnaire ou un sous-traitant qui se comporte de manière illicite.

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

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

Al. 1

En cas d'infraction grave, l'adjudicateur peut, sans avertissement préalable, exclure les soumissionnaires ou sous-traitants fautifs de ses futurs marchés pour une durée maximale de cinq ans ou leur infliger une amende pouvant aller jusqu'à 10 pour cent du prix de l'offre après rectification. Dans les cas de peu de gravité, un avertissement peut être prononcé. Au lieu de prononcer directement une sanction directe, l'adjudicateur peut également dénoncer le soumissionnaire ou le sous-traitant fautif auprès d'une autorité spéciale. Un avertissement, une amende ou une exclusion des futurs marchés publics sont possibles lorsqu'un soumissionnaire, un sous-traitant ou un organe d'un soumissionnaire ou d'un sous-traitant ont fait l'objet d'une condamnation entrée en force pour un crime en

lien avec un marché public ou pour un crime ou un délit commis au préjudice de l'adjudicateur en cause. Ces sanctions peuvent également être prononcées lorsqu'un soumissionnaire ou un sous-traitant ont enfreint les dispositions relatives à la lutte contre la corruption. Enfin, la conclusion d'un accord illicite affectant la concurrence ou l'inobservation des dispositions relatives à la protection des travailleurs, aux conditions de travail, à l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes ou à la confidentialité peuvent également donner lieu à un avertissement, une amende ou à une exclusion des futurs marchés publics.

Il appartient à l'adjudicateur ou à l'autorité compétente en vertu de la loi de décider s'il va prononcer une sanction ou non. Une exclusion de ses futurs marchés publics est une lourde sanction, qu'une première et légère infraction ne justifie généralement pas. En cas d'infractions répétées ou graves, telle qu'une condamnation pénale entrée en force pour corruption, cette sanction peut en revanche être appropriée.

Un soumissionnaire ayant fait l'objet d'une condamnation pénale entrée en forcée pour cause de violation grave ou répétée des dispositions relatives au travail au noir est en principe sanctionné selon l'art. 13 LTN: soit il est exclu par l'autorité cantonale compétente des futurs marchés publics aux niveaux communal, cantonal et fédéral pour cinq ans au plus, soit les aides financières qui lui sont accordées peuvent être réduites ou supprimées pendant une certaine période.

Al. 2

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

Faisant suite à la proposition de la COMCO, l'obligation de dénoncer lorsque des éléments suffisants corroborent la thèse d'une collusion entre soumissionnaires, a été introduite dans l'Accord intercantonal (al. 2 dernière phrase). Une notification à la COMCO peut avoir lieu indépendamment du fait de sanctionner le soumissionnaire concerné, sachant que cette possibilité demeure réservée à l'adjudicateur ou à l'autorité compétente en vertu de la loi.

Al. 3

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

Étant donné que l'inscription d'un soumissionnaire ou d'un sous-traitant sur une telle liste pourrait avoir pour lui des conséquences négatives, cette liste ne sera pas publique. Cela signifie qu'elle ne sera pas publiée (information active). Les adjudicateurs ne pourront demander des renseignements que sur un soumissionnaire ou un sous-traitant déterminé participant à un appel d'offres donné. À l'expiration de la durée de la sanction, le soumissionnaire ou le sous-traitant concerné sera radié de la liste. Aucun renseignement ne sera communiqué spontanément sur les sanctions dont la durée est échue. Cette liste non publique des soumissionnaires sanctionnés n'est pas justiciable (contrairement aux listes de l'art. 28). Elle se fonde sur une décision entrée en force et non susceptible de recours du service compétent.

Les cantons ont tout intérêt à charger un service central de la collecte et de la transmission à l'AiMp des exclusions de marchés publics futurs entrées en force. En outre, un complément correspondant doit être intégré dans l'autodéclaration, afin de contraindre le soumissionnaire à indiquer si lui-même ou l'un de ses sous-traitants est sous le coup d'une exclusion.

Al. 4

L'al. 4 constitue une base légale pour l'édiction et l'application d'instructions contraignantes. Si un adjudicateur contrevient à des dispositions de l'AIMP, l'autorité cantonale compétente a le droit et le devoir d'intervenir. En plus de l'injonction de lancer une procédure d'adjudication conforme à la loi, il est également envisageable de résilier un contrat conclu en violation de l'AIMP dans le respect des délais convenus.

Al. 5

En contrepartie des sanctions applicables à l'égard des soumissionnaires fautifs, il importe de prévoir également des possibilités de sanction en cas d'infractions commises par des adjudicateurs bénéficiant de contributions publiques. Les contributions allouées peuvent être supprimées ou faire l'objet d'un remboursement, en totalité ou en partie. C'est le contributeur qui est compétent pour prendre cette mesure. Le recours contre le prononcé d'une telle sanction s'appuie sur le droit des subventions ou, subsidiairement, sur des bases juridiques applicables aux entités qui allouent des subventions. Bien évidemment, d'autres mesures disciplinaires (voire des poursuites pénales, le cas échéant) à l'encontre des personnes responsables sont réservées, et ce, non seulement pour les projets subventionnés, mais aussi pour les marchés propres des cantons ou des communes.

Chapitre 7 Délais et publications, statistiques

Afin d'améliorer la transparence, un article consacré spécifiquement aux «renseignements sur le système de passation des marchés» a été introduit dans l'AMP 2012. Cet article (art. VI AMP 2012) dispose pour les marchés soumis aux accords internationaux que chaque État partie publiera dans le média (électronique ou papier) désigné à l'appendice III des avis relatifs aux appels d'offres, aux inscriptions des soumissionnaires sur les listes à utilisation multiple ainsi qu'aux adjudications et aux informations y afférentes. Par ailleurs, l'art. VII, par. 1, AMP 2012 précise que les avis doivent être publiés dans un média largement diffusé et rester facilement accessibles au public, au moins jusqu'à l'expiration du délai qui y est indiqué. L'art. XVI AMP 2012, intitulé «transparence des renseignements relatifs aux marchés», contient, au par. 3, des dispositions sur la conservation de la documentation et des rapports ainsi que des données assurant la traçabilité des marchés passés par voie électronique.

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

Art. 46 Délais

Al. 1

L'ampleur et la complexité des marchés soumis à la loi varient considérablement. C'est pourquoi le P-AIMP ne prévoit que des délais minimaux. En cas de marchés d'envergure, ces délais devraient être prolongés de manière appropriée. Le droit en vigueur prévoit déjà la possibilité d'une telle prolongation.

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

Al. 2

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

Al. 3

Contrairement aux réductions de délai, les prolongations de délai sont laissées à la libre l'appréciation de l'adjudicateur et ne sont soumises à aucune limite tant qu'elles sont utilisées conformément au principe d'égalité de traitement des soumissionnaires. Dans le cas des procédures ouverte et sélective, les prolongations de délais doivent être publiées. Dans le cas des procédures sur invitation, il suffit d'en aviser simultanément tous les soumissionnaires par écrit. Cet alinéa est le pendant de l'actuel § 18, al. 2 DEMP.

Al. 4

Pour les marchés non soumis aux accords internationaux, le délai de remise des offres est généralement d'au moins 20 jours. Un délai plus court n'est possible que dans des cas exceptionnels, sachant qu'un délai minimal de cinq jours doit dans tous les cas être respecté (lors de l'acquisition de marchandises ou de services standardisés).

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

Les délais peuvent être réduits pour les marchés soumis aux accords internationaux tant pour la procédure ouverte que pour la procédure sélective.

Al. 1

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

Al. 2

Si l'appel d'offres est publié par voie électronique (let. a), si les documents d'appel d'offres sont publiés simultanément par voie électronique (let. b) et si les offres peuvent

être transmises par voie électronique (let. c), le délai minimal de 40 jours pour les marchés soumis aux accords internationaux prévu pour la remise des offres peut être réduit de 5 jours par condition remplie, soit de 15 jours au maximum (art. XI, par. 5 AMP 2012).

Al. 3 et 4

Le délai de remise des offres peut également être réduit à 10 jours au minimum pour les marchés soumis aux accords internationaux lorsqu'un avis annonçant l'appel d'offres a été publié au plus tard 40 jours et au plus tôt 12 mois avant la publication de l'appel d'offres en question ou lorsque, dans le cadre de l'acquisition de prestations nécessaires périodiquement, l'adjudicateur a annoncé cette réduction de délai dans un appel d'offres antérieur. Cette réglementation figure déjà à l'actuel § 19 DEMP.

Al. 5

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

Art. 48 Publications

Al. 1

Le recours à des technologies de l'information modernes améliore la transparence des marchés publics et facilite l'accès au marché. Dans les procédures ouverte et sélective, l'appel d'offres, l'adjudication et la décision d'interrompre la procédure sont publiés sur une plateforme Internet consacrée aux marchés publics et exploitée conjointement par la Confédération et les cantons. Les adjudications de gré à gré de marchés soumis aux accords internationaux doivent également être publiées.

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

Al. 2

Les documents d'appel d'offres sont généralement mis à disposition en même temps que l'appel d'offres et également par voie électronique. Si les documents d'appel d'offres ne sont pas mis en ligne sur la plateforme Internet lors de la publication de l'appel d'offres prévue à l'al. 1, l'adjudicateur doit les mettre à la disposition des soumissionnaires intéressés d'une autre manière (par ex. en les leur envoyant par la poste sur DVD ou CD-ROM ou sous forme papier).

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

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

Al. 3

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

Al. 4

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

Al. 5

En ce qui concerne les marchés non soumis aux accords internationaux, l'adjonction d'un résumé dans une langue officielle de l'OMC n'est pas nécessaire. Il y a plutôt lieu de prendre en considération la langue du lieu où sera exécuté le marché.

Al. 6

Comme l'AMP 1994, l'AMP 2012 dispose que l'adjudication doit être publiée 72 jours au plus tard après la décision d'adjudication pour les marchés publics soumis aux accords internationaux. L'art. XVI, par. 2, AMP 2012 vise à garantir une transparence minimale sur les adjudications. Dans la pratique établie en Suisse, les adjudications font habituellement l'objet d'une publication et d'une notification individuelle simultanées. Un délai de 30 jours devrait généralement suffire. Si l'avis d'adjudication mentionne non seulement les indications énumérées aux let. a à f, mais également les caractéristiques et avantages décisifs de l'offre retenue, les exigences relatives à la motivation sommaire de l'adjudication définies à l'art. 51, al. 3, sont respectées et la décision d'adjudication notifiée conformément à l'accord (art. 51, al. 1).

Al. 7

Les cantons sont libres de prévoir comme aujourd'hui des organes de publications supplémentaires (feuilles officielles cantonales, p. ex.).

Art. 49 Conservation des documents

Al. 1 et 2

L'art. XX, par. 4, AMP 1994 prévoyait déjà un délai de conservation de trois ans pour «la documentation relative à tous les aspects de la passation des marchés». L'art. XVI,

par. 3, AMP 2012 va dans le même sens. Les adjudicateurs peuvent conserver les documents pendant une durée supérieure au délai minimum prévu par cet accord. L'obligation de conserver s'applique à tous les documents qui retracent de manière compréhensible le déroulement de la procédure et établissent la légalité de l'adjudication. Le délai de trois ans court à compter de la clôture définitive de la procédure d'adjudication, c'est-à-dire à compter de l'entrée en force de la décision d'adjudication ou de la décision qui met un terme à la procédure.

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

Al. 3

L'Accord est fondamentalement axé sur la transparence (appel d'offres public, publication de l'adjudication, etc.). Selon cet alinéa, les documents doivent être traités de manière confidentielle pendant la durée de leur conservation, à moins que la loi ne prévoie leur publication. Demeurent également réservés les cas où un devoir d'information incombe à l'adjudicateur en vertu de dispositions cantonales.

Art. 50 Statistiques

Les prescriptions relatives aux relevés statistiques fixées dans les accords internationaux ne sont pas les mêmes pour les adjudicateurs centraux que pour les adjudicateurs sous-centraux. L'art. XVI, par. 4, AMP 2012 définit le contenu minimal des statistiques.

Al. 1

Cet alinéa prévoit que les cantons, y compris ceux qui opèrent sur des marchés sectoriels, établissent à l'intention du SECO, dans les douze mois suivant la fin d'une année civile, une statistique sur les marchés soumis aux accords internationaux qui ont été adjugés au cours de l'année précédente. Il est renoncé à l'établissement de statistiques concernant les autres marchés, dans la mesure où cela représenterait une lourde charge de travail et n'apporterait qu'une faible valeur ajoutée. Les statistiques seront gérées électroniquement et transmises périodiquement au Comité des marchés publics (art. XXI AMP 2012). Il faut comprendre l'al. 1 dans le sens que les cantons récoltent les données requises, préparent une statistique et la font parvenir à l'AiMp à l'intention du SECO.

Al. 2

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

Al. 3

Dans le droit des marchés publics, la valeur du marché prise en considération, que ce soit lors de sa détermination ou lors de l'évaluation des offres, ne comprend habituellement pas la TVA prescrite par la loi. En revanche, la valeur des marchés prise en considération pour établir les statistiques comprend la TVA. Cela permet de rendre compte des coûts totaux des marchés. En effet, la plupart des adjudicateurs n'ont p le droit de

déduire l'impôt préalable. Les montants encaissés pour des activités relevant de la puissance publique, c'est-à-dire non commerciales, ne sont en effet pas soumis à la TVA.

Al. 4

Le SECO publie la statistique globale en respectant la protection des données et la préservation des secrets d'affaires. La statistique globale fournit des informations sur les marchés de la Confédération, des adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels et des cantons. Elle peut contenir d'autres informations que les données minimales énumérées à l'al. 2, comme par exemple la répartition des adjudications en fonction des régions linguistiques et des adjudicataires.

Chapitre 8 Voies de droit

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

Art. 51 Notification des décisions

Al. 1

L'appel d'offres, l'adjudication et l'interruption de la procédure sont notifiés par publication ou par notification individuelle aux soumissionnaires lorsque ces décisions sont sujettes à recours en vertu de l'art. 52. Le délai de recours fixé à l'art. 56, al. 1 court à compter de la publication des décisions ou, si celles-ci font l'objet d'une notification individuelle, à compter de cette dernière. Toutes les autres décisions sont notifiées, au choix de l'adjudicateur, soit par notification individuelle, soit par publication sur la plateforme Internet. Compte tenu du caractère spécial de la procédure et de la protection du secret d'affaires des soumissionnaires, ces derniers ne bénéficient pas, dans le cadre de la procédure de décision, du droit d'être entendu.

Al. 2

L'AMP 2012 prévoit, à l'art. XVI, par. 1, que l'adjudication ne doit être sommairement motivée que sur demande d'un soumissionnaire. Il dispose par ailleurs, à l'art. XVI, par. 2, let. f, que l'avis relatif à une adjudication de gré à gré doit toujours contenir une brève motivation concernant l'application de cette procédure. Le délai de recours de dix jours au minimum prévu à l'art. XVIII, par. 3, AMP 2012 ne commence à courir qu'à compter de la réception de la motivation sommaire. Cette dernière ne peut se réduire à l'indication selon laquelle le marché a été adjugé à l'offre économiquement la plus avantageuse.

La motivation d'une adjudication comprend notamment les raisons pour lesquelles l'offre retenue est meilleure que les autres du point de vue des critères d'adjudication. Elle doit permettre aux soumissionnaires non retenus de comprendre dans les grandes lignes la décision d'adjudication.

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

Al. 3

Le contenu minimal de la motivation de l'adjudication est fixé à l'art. XVI, par. 1, AMP 2012. Selon ce dernier, tout soumissionnaire a le droit de connaître les raisons pour lesquelles son offre n'a pas été retenue ainsi que les avantages relatifs de l'offre du soumissionnaire retenu. Dans la décision d'adjudication, on se contentera de mentionner les caractéristiques et avantages décisifs de l'offre retenue (let. c), en indiquant le prix total de cette dernière (let. b), lequel inclura si possible le prix de toutes les options.

Al. 4

Les offres présentées dans le cadre des appels d'offres publics renferment souvent des secrets d'affaires des soumissionnaires. C'est pourquoi les possibilités de consulter les offres des autres soumissionnaires sont très limitées. Les secrets d'affaires doivent également être protégés dans le cadre de la motivation sommaire. Ce motif de non-divulgation de certaines informations est énuméré parmi d'autres à l'art. XVII, par. 3, AMP 2012.

Art. 52 Recours

Al. 1

Dans les cantons à l'avenir, le Tribunal administratif cantonal sera la seule instance compétente, à la lumière des efforts consentis au titre de l'harmonisation. En raison de la judiciarisation croissante des marchés publics et du temps que prennent les procédures de recours, il convient de renoncer à un système de juridiction à deux instances. Un recours est possible au minimum à partir de la valeur du marché déterminante pour la procédure sur invitation, sachant que les cantons sont libres d'engager les voies de recours dès un franc ou selon le type de procédure, pour les procédures d'adjudication ne tombant pas sous le coup des accords internationaux.

Al. 2

Si un recours est déposé contre des acquisitions effectuées par des autorités judiciaires cantonales supérieures, c'est le Tribunal fédéral qui est directement compétent.

Al. 3

Les soumissionnaires étrangers selon l'art. 6, al. 2 sont autorisés à former un recours pour des marchés non soumis aux accords internationaux, à condition qu'ils proviennent d'États accordant la réciprocité à la Suisse. Il s'agit ainsi de clarifier que les soumissionnaires étrangers autorisés à soumissionner, au bon vouloir de l'adjudicateur, pour des marchés non soumis aux accords internationaux ne bénéficient pas des voies de droit. S'il existe des doutes concernant la réciprocité, le SECO doit être consulté (cf. les commentaires relatifs à l'art. 6, al. 3).

Art. 53 Objets du recours

Al. 1

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

L'appel d'offres (let. a) comprend également sa rectification. Alors que dans la procédure sélective la décision concernant le choix des soumissionnaires invités à présenter une

offre peut être attaquée (let. b), cela n'est pas le cas dans la procédure sur invitation (art. 20). Dans cette dernière, le choix des participants à la procédure est laissé à la libre appréciation de l'adjudicateur. La participation à une procédure sur invitation n'est pas un droit. Les soumissionnaires qui n'ont pas été invités à présenter une offre n'ont donc pas qualité pour recourir contre les documents d'appel d'offres ou la décision d'adjudication liés à une procédure sur invitation.

En revanche, il est possible de recourir contre la décision d'inscrire un soumissionnaire sur une liste (art. 28) ou de l'en radier (let. c). Les soumissionnaires peuvent également recourir contre les décisions relatives aux demandes de récusation (let. d). Cela peut être pertinent par exemple lorsque l'organisateur de concours d'études et de concours portant sur les études et la réalisation désigne toujours les mêmes personnes comme membres du jury. Cette observation vaut par analogie pour le domaine des mandats d'étude parallèles. La décision d'adjudication (let. e) peut être attaquée quelle que soit la procédure appliquée (ouverte, sélective, de gré à gré[77] ou sur invitation). L'exclusion de la procédure (let. h) comprend également l'exclusion décidée lors de la réduction du nombre de soumissionnaires dans le cadre d'un dialogue ou d'une enchère électronique.

Al. 2

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

La situation juridique est un peu plus compliquée en ce qui concerne les prescriptions qui ne figurent pas dans l'appel d'offres en tant que tel mais dans les documents d'appel d'offres. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les documents d'appel d'offres peuvent éventuellement être considérés comme faisant partie intégrante de l'appel d'offres[78].

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

Al. 3

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

C'est la raison pour laquelle les dispositions relatives au droit d'être entendu dans la procédure de décision (art. 51, al. 1), à l'effet suspensif (art. 54) et à la limitation des motifs de recours (art. 56, al. 4) ne s'appliquent pas en cas de recours contre le prononcé de l'une des sanctions prévues à l'art. 45. Ce sont les dispositions de la procédure administrative qui s'appliquent.

---

[77] Voir ATF 137 II 313, consid. 2.3.
[78] Voir ATF 129 I 313, consid. 6.2; ATF 2C_225/2009 du 16 oct. 2009, consid. 4.2.

Al. 4

Quelle que soit la valeur du marché, il est possible de faire recours contre la décision d'inscrire un soumissionnaire sur une liste (art. 28) ou de l'en radier et contre le prononcé de l'une des sanctions prévues à l'art. 45, par exemple l'exclusion des futurs marchés publics.

Al. 5

Cette disposition clarifie le fait que la liste des objets de recours selon l'al. 1 est exhaustive et qu'il n'y a pas d'autres cas d'application.

Al. 6

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

Art. 54 Effet suspensif

Al. 1

L'art. XVIII, par. 7, AMP 2012 laisse aux États contractants le soin de déterminer si la procédure de recours a automatiquement un effet suspensif ou non. Cela est indésirable principalement pour des raisons pratiques. Si un recours suspendait automatiquement l'entrée en force de la décision d'adjudication et empêchait de conclure le contrat avant que l'autorité de recours n'ait rendu son jugement, cela pourrait ralentir la procédure d'acquisition et entraîner des surcoûts considérables. La situation serait tout aussi défavorable pour les soumissionnaires retenus. C'est pourquoi le droit en vigueur exclut déjà l'effet suspensif automatique du recours (art. 17 AIMP).

Selon l'AIMP en vigueur, il faut renoncer à conclure le contrat durant le délai de recours. La période au cours de laquelle le contrat ne peut être conclu dure jusqu'au moment où l'adjudicateur peut raisonnablement supposer qu'aucun recours et aucune demande d'effet suspensif n'ont été déposés. Cela signifie qu'il faut attendre que se soient écoulés non seulement le délai de recours, fixé à 20 jours selon l'art. 56, al. 1, mais également le temps nécessaire pour la transmission des informations. En cas de doute, il est recommandé de s'adresser au tribunal compétent.

Al. 2

Les tribunaux acceptent régulièrement les demandes d'octroi de l'effet suspensif à titre superprovisionnel, en attendant que l'adjudicateur se détermine. Durant la procédure de mesures superprovisionnelles, aucun contrat ne peut être conclu et aucune action susceptible de compromettre l'issue du recours ne peut être entreprise. Dès réception de la détermination, il est statué sur le maintien des mesures décidées.

Si l'effet suspensif est demandé, on détermine d'abord les chances de succès du recours en procédant à un examen *prima facie* des pièces du dossier. En cas de recours manifestement infondé, l'effet suspensif est refusé. Dans tous les autres cas, c'est-à-dire lorsque la cause n'est pas dépourvue de toute chance de succès ou qu'aucun doute ne subsiste à cet égard, il convient de procéder à une pesée des intérêts. Les critères intervenant dans la décision d'accorder l'effet suspensif sont d'une part les intérêts de la partie recourante à conserver la possibilité de se voir adjuger le marché, d'autre part les intérêts publics, défendus par l'adjudicateur. L'intérêt public à ce que la décision d'adjudication

soit mise en œuvre le plus rapidement possible a un poids considérable. Un autre critère consiste dans les éventuels intérêts de tiers, notamment des autres personnes concernées par un marché. Enfin, un facteur à prendre en considération est l'intérêt public majeur à garantir des voies de droit efficaces et à empêcher les mesures rendant les voies de droit illusoires. Il n'y a généralement qu'un échange d'écritures concernant la question de l'effet suspensif.

Al. 3

Si l'effet suspensif est accordé à un recours, le marché projeté peut se prolonger de plusieurs mois, voire de plusieurs années. Des retards sont à prévoir même lorsque la demande d'octroi de l'effet suspensif est finalement rejetée.

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

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

Art. 55 Droit applicable

Les procédures de décision et de recours sont régies par les dispositions générales de la loi cantonale respective sur la procédure administrative, à moins que les dispositions du présent accord n'en disposent autrement. Par souci d'uniformité de la procédure administrative, des dérogations aux règles générales ne sont prévues que si elles sont absolument nécessaires. Les dispositions restrictives de l'accord relatives au droit d'être entendu, à l'effet suspensif et aux motifs de recours (art. 53, al. 3) ne s'appliquent pas en cas de recours contre le prononcé d'une sanction (art. 53, al. 1, let. 1).

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

Al. 1

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

Le délai de recours ne doit pas être trop long en raison de l'impératif de célérité et de la volonté d'achever rapidement le processus d'acquisition. S'il est trop court, il risque cependant d'y avoir des «recours spontanés» infondés. Les cantons disposent aujourd'hui d'un délai de recours de dix jours. Celui-ci s'avère être particulièrement court par rapport aux autres délais de recours. Compte tenu de l'ensemble des circonstances, un délai de 20 jours semble donc approprié, d'où l'harmonisation avec la règlementation fédérale en vigueur.

Al. 2

Les féries judiciaires ne s'appliquent pas à une procédure de recours concernant des marchés publics. Les délais courent donc indépendamment de d'éventuelles périodes bloquées. Cette disposition correspond à la réglementation en vigueur (cf. art. 15 al. 2bis AIMP).

Al. 3

Dans la procédure de recours, les griefs sont restreints à la violation du droit et aux erreurs d'appréciation (excès positif et négatif, abus du pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur), ainsi qu'à la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents. Une adjudication est par exemple illicite lorsqu'un soumissionnaire n'est pas retenu en raison de son origine. Par ailleurs, un appel d'offres en contradiction avec l'Accord peut être contesté si des exigences de forme n'ont pas été respectées ou si une pondération erronée des critères a eu lieu.

Al. 4

Un examen de l'opportunité d'une décision, notamment de la procédure d'évaluation, n'est pas possible, en raison de l'absence de justiciabilité. Cette disposition correspond à la réglementation en vigueur (art. 16 AIMP).

Al. 5

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

Art. 57 Consultation des pièces

S'agissant du droit de consulter les pièces, deux principes du droit des marchés publics s'opposent. D'une part, un droit trop étendu de consultation des pièces compromet la concurrence loyale et donc l'égalité de traitement des soumissionnaires. D'autre part, une certaine transparence est indispensable à une protection juridique efficace.

Ce conflit est partiellement résolu, en ce sens qu'un droit de consulter le procès-verbal, au plus tard après l'adjudication est accordé, sur demande, conformément à la pratique des cantons (art. 37, al. 3). Dans la procédure de recours, le droit de consulter des pièces est accordé sur demande, à moins qu'un intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose.

Al. 1

Au cours de la procédure d'adjudication, les soumissionnaires n'ont pas le droit de consulter le dossier. Cette interdiction se justifie en raison des secrets d'affaires et de la protection d'une concurrence efficace entre soumissionnaires. Sur demande, l'adjudicateur peut toutefois accorder cette possibilité, à moins qu'un intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose.

Al. 2

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

manière appropriée les intérêts de tiers, par exemple en caviardant les passages touchant aux secrets d'affaires.

Art. 58 Décision sur recours

Al. 1

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

Al. 2

Si le tribunal admet le recours après que le contrat a été conclu, il ne peut que constater l'illicéité de la décision (protection juridique secondaire). Lorsque l'adjudication a été consacrée par un contrat de droit privé, la révoquer ne sert à rien. L'autorité de recours n'est pas habilitée à intervenir directement dans un contrat de droit privé. Il appartient aux tribunaux civils de statuer sur la validité d'un tel contrat.

Le recourant a néanmoins la possibilité de réclamer des dommages-intérêts. Lorsque le contrat a été conclu prématurément ou qu'il ne repose, à tort, ni sur un appel d'offres ni sur une procédure sur invitation, le tribunal peut éventuellement ordonner à l'adjudicateur de résilier le contrat pour la prochaine échéance possible et de mettre le marché en soumission, à moins que les prestations requises ne puissent être fournies par des ressources internes[79].

Al. 3

Jusqu'alors, selon le droit cantonal, les demandes en dommages-intérêts devaient faire l'objet d'une procédure distincte. L'al. 3 permet désormais au recourant de faire valoir sa demande en dommages-intérêts devant la même autorité, à condition que cette demande soit fondée sur des faits incontestables. Cela permet d'éviter des redondances et des coûts de transaction inutiles.

Al. 4

Comme le droit en vigueur, le P-AIMP prévoit une limitation des dommages-intérêts. Le soumissionnaire n'est dédommagé que des dépenses qu'il a engagées pour préparer et présenter son offre. La réparation ne couvre pas la totalité de l'intérêt négatif. L'autorité de recours ne peut allouer d'indemnité pour d'autres postes de dommages.

Art. 59 Révision

Lorsqu' une demande en révision est déposée, le contrat a, en règle générale, déjà été conclu. A l'instar de l'art. 58 al. 2, le tribunal ne peut que constater le caractère illicite de la décision attaquée. Par conséquent, dans le cadre de la procédure de révision, seule la protection juridique secondaire peut être invoquée.

---

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

Chapitre 9 Autorités

Art. 60 Commission des marchés publics Confédération-cantons

La Commission des marchés publics Confédération-cantons (CMCC) a été instituée à la suite de la ratification de l'AMP 1994 par les décisions du Conseil fédéral du 4 décembre 1995 et du 3 avril 1996 ainsi que par la décision de la Conférence des gouvernements cantonaux (CdC) du 21 juin 1996. Il s'agit d'une commission extraparlementaire composée à parité de représentants de la Confédération et des cantons et présidée par un membre de la direction du SECO, l'organe chargé des négociations en matière de politique économique extérieure. La vice-présidence est assumée par les cantons. Le 5 décembre 2014, le Conseil fédéral a édicté un acte d'institution en vue du renouvellement intégral des organes extraparlementaires pour la période 2016 à 2019. La légitimité et les attributions de la CMCC reposent sur les compétences législatives de la Confédération et des cantons en matière de marchés publics. La mission principale de la CMCC consiste à assurer à tous les niveaux une mise en œuvre cohérente des engagements internationaux de la Suisse dans le domaine des marchés publics.

À la suite de la conclusion de l'accord entre la Suisse et l'UE, le domaine de compétence de la CMCC a été élargi pour les besoins de la transposition de l'art. 8 de cet accord dans le droit suisse des marchés publics. Ainsi, depuis l'entrée en vigueur de l'accord entre la Suisse et l'UE, la CMCC assume la fonction d'autorité de surveillance indépendante. L'art. 8 de l'accord entre la Suisse et l'UE a été mis en œuvre par les art. 68*a* à 68*d* OMP au niveau fédéral et par l'art. 4, al. 2, let. e, g et h, AIMP au niveau cantonal. La CMCC dispose d'un règlement interne qui a été adopté par l'AiMp le 13 septembre 2001 et par le Conseil fédéral le 30 novembre 2001.

La CMCC est chargée notamment des tâches suivantes:

– définir la position de la Suisse dans les organismes internationaux en matière de marchés publics;
– conseiller les délégations suisses au cours de négociations internationales sur les marchés publics et assurer une mise en œuvre appropriée des résultats des négociations;
– promouvoir les échanges d'informations et d'expériences entre la Confédération et les cantons au sujet de la mise en œuvre, de l'application et de la surveillance de l'application des accords internationaux sur les marchés publics aux niveaux fédéral et cantonal, notamment en élaborant des recommandations respectant pleinement les compétences respectives (en matière législative, jurisprudentielle et décisionnelle et en matière de surveillance);
– garantir aux milieux intéressés l'accès à des informations sur les dispositions légales importantes en matière de marchés publics aux niveaux fédéral et cantonal, à moins que cette tâche d'information n'incombe à d'autres organes fédéraux ou cantonaux;
– entretenir des contacts avec les autorités de surveillance étrangères dans le cadre de la coopération internationale en matière de marchés publics;
– donner des conseils et servir de médiateur lors de différends liés à des affaires relevant des compétences susmentionnées.

Lorsqu'un adjudicateur viole les engagements internationaux, qu'il ne remédie pas à la situation et qu'aucun recours n'a été déposé, la CMCC peut, sur avis d'un soumissionnaire ou de sa propre initiative intervenir auprès de l'autorité de surveillance compétente de la Confédération ou des cantons.

En vertu de l'art. 7 de son règlement, la CMCC établit chaque année un rapport destiné au Conseil fédéral et à la DTAP, plus précisément à l'AiMp.

La révision des législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics, qui vise une mise en œuvre harmonisée de l'AMP 2012, de l'accord entre la Suisse et l'UE ainsi que des accords de libre-échange, est l'occasion d'harmoniser les dispositions légales relatives à la CMCC. Cela constitue une contribution supplémentaire à l'unification et au renforcement de la transparence du droit fédéral et du droit cantonal des marchés publics.

Art. 61 Autorité intercantonale

Al. 1

L'Autorité intercantonale pour les Marchés publics (AiMp) reste l'organe directeur de l'AiMp. De même, les membres de la DTAP qui ont signé l'AIMP constituent l'Autorité intercantonale. Ils parlent et agissent au nom des cantons parties.

Al. 2

Plusieurs tâches incombent à l'Autorité intercantonale. En plus d'édicter l'AIMP (let. a), elle assume la responsabilité des modifications (let. b) – sous réserve de l'approbation des cantons parties. Elle est habilitée à adapter les valeurs seuils (let. c) lorsqu'une modification des engagements internationaux l'exige, et à initier les adaptations correspondantes en ce qui concerne le marché intérieur.

L'Autorité intercantonale est également compétente pour son propre droit de proposition, la réception et le traitement initial des demandes d'exemption des adjudicateurs de l'assujettissement au droit des marchés publics (cf. art. 7). Elle soumet une proposition correspondante au Conseil fédéral (let. d). Enfin, elle peut désigner un organe de contrôle (let. e), comme le prévoit l'art. 8 de l'Accord bilatéral. Cette tâche est assurée par la direction de l'AiMp. Le secrétariat de l'AiMp tient en outre une liste des soumissionnaires et sous-traitants sanctionnés à la demande de l'AiMp (let. f). L'Autorité intercantonale règle par ailleurs l'organisation et la procédure d'application du présent accord (let. g), agit comme organe de contact (let. h) et désigne les délégués cantonaux aux commissions / conférences nationales et internationales (let. i).

Dans l'enquête de l'été 2019, les cantons ont estimé à l'unanimité que la let. devait également être adaptée suite à la modification de l'art. 7. L'AiMp a suivi ce point de vue et a adopté la modification.

Al. 3

Comme par le passé, l'Autorité intercantonale prend ses décisions à la majorité des trois-quarts des représentants présents, pour autant que la moitié des cantons au moins soit représentée. Chaque canton partie à l'accord dispose d'une voix, qui est exprimée par un membre de son gouvernement.

Al. 4

Le droit des marchés publics concerne la plupart des domaines d'activité des cantons et des communes. C'est pourquoi l'Autorité intercantonale a l'obligation de prendre en considération les intérêts de toutes les Conférences des chefs de départements cantonaux et des Conférences spécialisées des cantons. Par ailleurs, son mandat de coordination avec la Confédération est maintenu.

Art. 62 Contrôles

Dans l'enquête de l'été 2019, les cantons ont approuvé les adaptations de l'art. 62. Celles-ci ont été acceptées en conséquence par l'AiMp.

Al. 1

En plus d'assurer le contrôle juridictionnel des procédures de recours, les cantons veillent au respect du présent accord par les adjudicateurs et les soumissionnaires. Pour ce faire, ils sont libres de désigner un organe de contrôle cantonal ou une instance de surveillance.

Al. 2

Les dénonciations de cantons à l'AiMp concernant le respect de l'AIMP par d'autres cantons sont traités par l'AiMp. Les marchés individuels ne sont pas examinés. La compétence de l'AiMp est subsidiaire: s'il s'agit d'une question pour laquelle une voie de recours est ouverte (notamment lors d'adjudications individuelles), ce n'est pas l'AiMp mais la juridiction compétente qui doit être saisie.

Al. 3

En cas de dénonciation par un particulier, celle-ci doit être traitée comme une dénonciation à l'autorité de surveillance. L'étendue du contrôle, le principe de subsidiarité et les délais en matière de communication s'appliquent par analogie. La dénonciation ne permet pas au particulier de se voir reconnaître la qualité de parties et ne lui donne pas le droit de consulter une décision éventuelle.

Al. 4

L'AiMp élabore, suite à l'adoption de l'AIMP 2019, un règlement relatif aux tâches de contrôle. Ce dernier précisera comment traiter les dénonciations de cantons et de particuliers. Deux processus différents seront ainsi conçus.

Chapitre 10 Dispositions finales

Art. 63 Adhésion, dénonciation, modification et annulation

Al. 1

Chaque canton peut adhérer au présent accord par simple déclaration adressée à l'Autorité intercantonale. Chaque canton initie à cette fin la procédure d'adhésion conformément à sa propre législation cantonale, qui détermine les autorités compétentes en matière de conclusion et d'exécution de l'accord et fixe les règles pour la procédure de ratification.

Al. 2

Un canton peut dénoncer l'accord pour la fin d'une année civile. Il doit pour ce faire l'annoncer par écrit à l'Autorité intercantonale en respectant un préavis de six mois.

Al. 3

Toute adhésion ou dénonciation, ainsi que toute modification ou annulation du présent accord sera communiquée à la Chancellerie fédérale par l'Autorité intercantonale.

Al. 4

Dans l'enquête de l'été 2019, certains cantons ont exigé l'introduction d'une disposition octroyant expressément aux cantons une compétence résiduelle afin de pouvoir édicter des dispositions d'exécution relatives à l'AIMP.

D'une part, la révision de l'AIMP visait également l'harmonisation des cantons afin de pouvoir renoncer dans la mesure du possible à l'élaboration de dispositions d'exécution.

D'autre part, la Constitution fédérale prévoit à l'art. 46 que la Confédération laisse aux cantons une marge de manœuvre aussi large que possible en tenant compte de leurs particularités. A l'art. 60, la LMP prévoit également que le Conseil fédéral puisse édicter des dispositions d'exécution. Ces deux arguments devraient également être pris en compte au niveau intercantonal.

Par ailleurs, cela peut faciliter le processus législatif dans les cantons, car certaines demandes individuelles qui ont également été présentées au Parlement fédéral et qui ne sont pas prises en compte dans l'AIMP, peuvent ainsi être transposées.

Les réponses données par les cantons dans le cadre de l'enquête de l'été 2019 ont montré que ce besoin concernait en particulier les art. 10, 12 et 26. Le comité de pilotage politique a par conséquent proposé de retenir la proposition et d'intégrer en ce sens un art. 63, al. 4 dans l'AIMP.

Les cantons ont ainsi la possibilité d'édicter des dispositions d'exécution supplémentaires, en sus des dispositions figurant dans la loi d'adhésion type.

Comme déjà mentionné dans les commentaires de l'art. 12, al. 1 (voir p. 44), la LMI est fondée sur le principe dit du lieu de provenance en supposant que les différentes conditions de travail sont équivalentes. Toutefois, ce principe du lieu de provenance ne s'applique pas de façon absolue. Le principe peut être limité dans des cas individuels en faveur du principe du lieu d'exécution. Ce n'est toutefois le cas que si des intérêts publics prépondérants le rendent obligatoire et que la protection de ces intérêts n'est pas déjà garantie par la réglementation du lieu d'origine (art. 3, al. 1 et 2 LMI).

Art. 64 Droit transitoire

Al. 1

Les procédures d'adjudication initiées avant l'entrée en vigueur de cet accord sont menées à termes selon le droit en vigueur. Cette disposition correspond au droit actuel (art. 22 al. 1 AIMP).

Al. 2

Toute dénonciation peut avoir lieu pour la fin d'une année civile. Le présent accord s'applique donc à tous les marchés mis en soumission avant la fin de l'année civile pour laquelle la dénonciation prend effet.

Art. 65 Entrée en vigueur

Conformément à l'art. 48 al. 3 Cst, les conventions passées entre cantons ne doivent ni être en contradiction avec les intérêts et le droit de la Confédération, ni aller à l'encontre des droits des autres cantons. Elles doivent être portées à la connaissance de la Confédération.

Conformément à l'art. 61*c* de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA) du 21 mars 1997[80], les cantons sont uniquement tenus d'informer la Confédération des conventions qu'ils passent entre eux. A teneur de l'art. 62 al. 1 LOGA, la Confédération informe le public dans la Feuille fédérale sur les conventions qui ont été portées à sa connaissance.

---

[80] RS **172.010**

Al. 1

Le présent accord entre en vigueur selon la réglementation en vigueur dès que deux cantons y ont adhéré. D'autres cantons peuvent adhérer à n'importe quel moment.

Al. 2

Si un canton ratifie l'Accord intercantonal révisé, il est à la fois Partie contractante de l'ancien et du nouvel AIMP. En relation avec les cantons ayant adhéré au concordat révisé, le texte du nouvel accord est applicable ; avec les autres cantons, l'ancien AIMP reste valable. L'objectif est d'étendre dès que possible aux 26 cantons le nouveau champ d'application.

4 Conséquences pour les cantons

L'harmonisation des prescriptions nationales concernant les marchés publics a également des avantages au plan cantonal et communal. L'harmonisation du droit recherchée devrait avoir des effets positifs sur la relation entre la Confédération et les cantons d'une part et sur la relation des cantons et des communes entre eux d'autre part, dès que l'AIMP révisée entrera en vigueur pour eux. Les raisons en sont par ex. une jurisprudence plus homogène, un échange d'expériences, des projets communs, des moyens auxiliaires et des outils pédagogiques similaires ainsi que des formations initiales et continues harmonisées.

4.1 Conséquences financières

La révision devrait avoir peu de conséquences financières pour la formation des services cantonaux et communaux ainsi que pour la mise à disposition des moyens auxiliaires, qui pourront être prises en charge avec les ressources disponibles. À moyen et long terme, les modifications de l'Accord doivent avoir des conséquences monétaires raisonnables. La flexibilisation du processus d'adjudication, par exemple l'introduction de nouveaux instruments d'acquisition, pourra également générer des frais. Comme il s'agit généralement de dispositions facultatives, chaque canton décide en toute autonomie si et comment il entend appliquer ces dispositions. Les coûts résultant de la révision sont étroitement liés à l'exécution concrète et ne sont donc pas précisément quantifiables.

4.2 Conséquences personnelles

Les différentes tâches nouvelles ou la charge supplémentaire induite par les tâches existantes suite à l'entrée en vigueur de l'Accord révisé devraient engendrer un léger accroissement de la charge dans les cantons, qui devrait toutefois pouvoir être assumé grâce aux ressources disponibles. Différentes adaptations liées à l'organisation sont prévues, par exemple la compétence du tribunal administratif cantonal d'officier comme première et unique instance (art. 52 AIMP). Cette modification devrait même se traduire par des économies de personnel dans les cantons concernés.

L'Accord révisé entraînera par ailleurs des charges liées à son introduction sous la forme de formations et de consultations. Mais, celles-ci ne devraient pas générer d'accroissement de la charge de personnel. Les cantons qui décident de mettre en place une infrastructure informatique pour des enchères électroniques devront en revanche envisager un renforcement de leurs effectifs.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

La compétence législative des cantons dans le domaine des marchés publics découle de différentes dispositions de la Constitution fédérale (art. 3, 43, 47 et 48 Cst.). La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons n'est pas affectée par le projet.

5.2 Compatibilité avec les engagements internationaux

La transposition des prescriptions internationales de l'AMP 2012 dans le droit national et cantonal a donné l'impulsion à la présente révision. Parallèlement, l'objectif consistait à permettre une harmonisation parallèle aussi étendue que possible du droit des marchés publics entre la Confédération et les cantons. La révision de l'AIMP est compatible avec les engagements internationaux.

6 Annexes

6.1 Texte du concordat

Accord révisé du 15 novembre 2019.

6.2 Annexes 1–4

L'Accord révisé comporte 4 annexes au total.

L'*annexe 1* énonce les valeurs seuils pour les marchés publics soumis aux accords internationaux. L'*annexe 2* énonce les valeurs seuils pour les marchés publics non soumis aux accords internationaux. L'*annexe 3* cite les conventions fondamentales de l'Organisation Internationale du Travail. Outre les conventions fondamentales énoncées dans cette annexe, l'adjudicateur peut exiger le respect des principes d'autres conventions de l'OIT en tant que standards de travail internationaux importants, pour autant que la Suisse les ait ratifiées elle-même. L'*annexe 4* énonce enfin les conventions internationales relatives à la protection de l'environnement et des ressources naturelles désignées par le Conseil fédéral. Leur respect constitue une condition minimale lorsque des prestations sont fournies à l'étranger (art. 12, al. 3).

6.3 Loi d'adhésion type avec des exemples (projet séparé)

Dans le cadre du projet législatif AURORA, l'AiMp a décidé, en sus de la transposition de l'AMP 2012 au niveau des cantons, d'intégrer autant que possible dans le nouvel Accord les directives d'exécution (DEMP) jusqu'à présent considérées comme des recommandations. Cela devrait permettre de franchir une étape supplémentaire et importante vers l'harmonisation entre les cantons dans le domaine des marchés publics.. Les dispositions d'exécution concernent en premier lieu les règles d'application que les cantons doivent adopter dans le respect de l'objectif d'harmonisation et des obligations qui en découlent lors de l'adhésion à l'AIMP révisé.

La loi d'adhésion type, avec ses exemples, sert de modèle envisageable pour les travaux finaux que les cantons doivent encore accomplir en vue de l'adhésion à l'AIMP révisé. Les cantons ont la compétence d'édicter des dispositions d'exécution, en particulier concernant les art. 10, 12 et 26.

6.4 Document de comparaison LMP / AIMP (projet séparé)

(Etat au 15 novembre 2019 ; texte en couleurs)

7 Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP)

Chapitre 1 Objet, but et définitions

Art. 1 Objet

1 Le présent accord s'applique à la passation de marchés publics par les adjudicateurs qui lui sont assujettis, que ces marchés soient soumis ou non aux accords internationaux.

Art. 2 But

Le présent accord vise les buts suivants:

a. une utilisation des deniers publics qui soit économique et qui ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables;
b. la transparence des procédures d'adjudication;
c. l'égalité de traitement et la non-discrimination des soumissionnaires;
d. une concurrence efficace et équitable entre les soumissionnaires, en particulier par des mesures contre les accords illicites affectant la concurrence et contre la corruption.

Art. 3 Définitions

Au sens du présent accord, on entend par:

a. *soumissionnaire:* une personne physique ou morale, de droit privé ou de droit public, ou un groupe de telles personnes qui offre des prestations ou qui demande à participer à un appel d'offres public ou à se voir déléguer une tâche publique ou octroyer une concession;

b. *entreprise publique:* une entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent; l'influence dominante est présumée lorsqu'une entreprise est financée en majeure partie par l'État ou par d'autres entreprises publiques, que sa gestion est soumise au contrôle de l'État ou d'autres entreprises publiques ou que son organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont la majorité a été désignée par l'État ou par d'autres entreprises publiques;

c. *accords internationaux:* les accords dont découlent les engagements internationaux de la Suisse en matière de marchés publics;

d. *conditions de travail:* les dispositions impératives du code des obligations[81] concernant le contrat de travail, les dispositions normatives contenues dans les conventions collectives et les contrats-types de travail ou, à défaut, les conditions de travail usuelles dans la région et dans la branche;

e. *dispositions relatives à la protection des travailleurs:* les dispositions du droit public du travail, y compris les dispositions de la loi du 13 mars 1964 sur le travail[82], les dispositions d'exécution y afférentes et les dispositions relatives à la prévention des accidents;

---

81 RS **220**
82 RS **822.11**

f. organisme de droit public: tout organisme

- créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre que commercial ou industriel,
- doté d'une personnalité juridique, et
- 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;

g. *pouvoirs publics:* l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces établissements de droit public.

Chapitre 2 Champ d'application

Section 1 Champ d'application subjectif

Art. 4 Adjudicateurs

1 Pour les marchés soumis aux accords internationaux, sont soumis au présent accord les pouvoirs publics ainsi que les unités administratives centrales ou décentralisées, y compris les collectivités de droit public, du canton, du district et de la commune au sens du droit cantonal et communal, exception faite de leurs activités à caractère commercial ou industriel.

2 Pour les marchés soumis aux accords internationaux, sont en outre soumis au présent accord les pouvoirs publics et les entreprises publiques ou privées qui assurent un service public et qui bénéficient de droits exclusifs ou spéciaux pour autant qu'elles exercent des activités en Suisse dans l'un des secteurs énoncés ci-après:

a. la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable ou l'alimentation de ces réseaux en eau potable;
b. la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'énergie électrique ou l'alimentation de ces réseaux en énergie électrique;
c. l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer urbain, système automatique, tramway, trolleybus, autobus ou funiculaire;
d. la mise à disposition des transporteurs aériens des aéroports ou d'autres terminaux de transport;
e. la mise à disposition des transporteurs fluviaux des ports intérieurs ou d'autres terminaux de transport;

f. la mise à disposition ou l'exploitation de chemins de fer, transports par chemins de fer compris;
g. la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution de gaz ou de chaleur ou l'alimentation de ces réseaux en gaz ou en chaleur, ou
h. l'exploitation d'une aire géographique dans le but de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides.

3 Les adjudicateurs visés à l'al. 2 ne sont soumis au présent accord que si les acquisitions sont effectuées dans le domaine d'activité en question et non dans d'autres domaines d'activité.

4 Pour les marchés non soumis aux accords internationaux, sont en outre soumis au présent accord:
a. les autres collectivités assumant des tâches cantonales ou communales dans la mesure où elles n'ont pas d'activités à caractère commercial ou industriel;
b. les projets et prestations qui sont subventionnés à plus de 50 pour cent du coût total par des fonds publics.

5 Si un tiers passe un marché public pour le compte d'un ou de plusieurs adjudicateurs, il est soumis au présent accord au même titre que les adjudicateurs qu'il représente.

Art. 5 Droit applicable

1 Si plusieurs adjudicateurs soumis au droit fédéral et au présent accord participent à un marché, le droit de la collectivité qui supporte la majeure partie du financement est applicable. Si la part cantonale totale dépasse celle de la Confédération, le présent accord est applicable.

2 Si plusieurs adjudicateurs soumis au présent accord participent en commun à un marché public, le droit du canton qui supporte la plus grande part du financement est applicable.

3 Si plusieurs adjudicateurs participent à un marché, ils ont la possibilité de soumettre d'un commun accord ce marché au droit de l'un des adjudicateurs en dérogeant aux principes susmentionnés.

4 Un marché dont l'exécution n'a pas lieu au siège de l'adjudicateur est soumis au droit du lieu du siège de l'adjudicateur ou au droit du lieu de l'activité principale.

5 Un marché lancé par une organisation commune est soumis au droit applicable au lieu du siège de cette organisation. Si celle-ci n'en possède pas, le droit applicable est celui du lieu de l'activité principale.

6 Les entreprises publiques ou privées qui bénéficient de droits exclusifs ou spéciaux octroyés par la Confédération ou qui exécutent des tâches dans l'intérêt national peuvent choisir de soumettre leurs marchés au droit applicable à leur siège ou au droit fédéral.

Art. 6 Soumissionnaires

1 En vertu du présent accord, sont autorisés à présenter une offre les soumissionnaires suisses ainsi que les soumissionnaires des États envers lesquels la Suisse s'est engagée

contractuellement à donner accès à son marché et qui ont contracté le même engagement à son égard.

2 Les soumissionnaires étrangers sont autorisés à présenter une offre pour des marchés non soumis aux accords internationaux, à condition qu'ils proviennent d'États accordant la réciprocité ou que l'adjudicateur les y autorise.

3 Le Conseil fédéral établit une liste des États qui se sont engagés à donner à la Suisse un accès à leur marché. Cette liste est périodiquement mise à jour.

4 Les cantons sont habilités à conclure des accords avec les régions frontalières et les Etats voisins.

Art. 7 Exemption

1 Lorsqu'un marché sectoriel mentionné à l'art. 4, al. 2, est soumis à une concurrence efficace, l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) peut proposer au Conseil fédéral d'exempter entièrement ou partiellement les acquisitions correspondantes du présent accord. Les adjudicateurs actifs sur le marché sectoriel concerné peuvent adresser une demande correspondante à l'AiMp.

2 Une exemption s'applique aux acquisitions correspondantes de tous les adjudicateurs actifs sur le marché sectoriel concerné.

Section 2 Champ d'application objectif

Art. 8 Marché public

1 Un marché public est un contrat conclu entre un adjudicateur et un soumissionnaire en vue de l'exécution d'une tâche publique. Il est caractérisé par sa nature onéreuse ainsi que par l'échange de prestations et contre-prestations, la prestation caractéristique étant fournie par le soumissionnaire.

2 On distingue les types de prestations suivants:

a. les travaux de construction (gros œuvre et second œuvre);
b. les fournitures;
c. les services.

3 Les marchés mixtes se composent de différents types de prestations au sens de l'al. 2 et forment un marché global. La qualification de ce dernier est déterminée par le type de prestations dont la valeur est la plus importante. Des prestations ne peuvent être combinées ou regroupées avec pour intention ou effet de contourner les dispositions du présent accord.

Art. 9 Délégation de tâches publiques et octroi de concessions

La délégation d'une tâche publique ou l'octroi d'une concession sont considérés comme des marchés publics lorsque le soumissionnaire se voit accorder, du fait d'une telle délégation ou d'un tel octroi, des droits exclusifs ou spéciaux qu'il exerce dans l'intérêt public

en contrepartie d'une rémunération ou d'une indemnité, directe ou indirecte. Demeurent réservées les dispositions des lois spéciales du droit fédéral et cantonal.

Art. 10 Exceptions

1 Le présent accord ne s'applique pas:

a. à l'acquisition de prestations destinées à être vendues ou revendues dans le commerce ou à servir à la production ou à la fourniture de prestations destinées à la vente ou à la revente dans le commerce;
b. à l'acquisition, à la location ou à l'affermage d'immeubles, de constructions ou d'installations ni aux droits y afférents;
c. au versement d'aides financières;
d. aux marchés portant sur des services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente, au transfert ou à la gestion de titres ou d'autres instruments financiers ou sur des services fournis par des banques centrales;
e. aux marchés passés avec des institutions pour handicapés, des organismes d'insertion socioprofessionnelle, des œuvres de bienfaisance ou des établissements pénitentiaires;
f. aux contrats régis par le droit du personnel;
g. aux institutions de prévoyance de droit public des cantons et des communes.

2 Le présent accord ne s'applique pas non plus à l'acquisition de prestations:

a. de soumissionnaires qui bénéficient d'un droit exclusif pour fournir ces prestations;
b. d'autres adjudicateurs juridiquement indépendants et soumis au droit des marchés publics qui ne sont pas en concurrence avec des soumissionnaires privés pour la fourniture de ces prestations;
c. d'unités organisationnelles qui dépendent de l'adjudicateur;
d. de soumissionnaires sur lesquels l'adjudicateur exerce un contrôle identique à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui fournissent l'essentiel de leurs prestations à l'adjudicateur.

3 Ne sont pas non plus soumis au présent accord les marchés publics:

a. dont l'exemption est jugée nécessaire pour la protection et le maintien de la sécurité extérieure ou intérieure ou de l'ordre public;
b. dont l'exemption est jugée nécessaire pour la protection de la santé ou de la vie des personnes ou pour la protection de la faune et de la flore;
c. pour lesquels le lancement d'un appel d'offres porterait atteinte aux droits de la propriété intellectuelle.

Chapitre 3 Principes généraux

Art. 11 Principes régissant la procédure

Lors de la passation des marchés publics, l'adjudicateur observe les principes suivants:

a. il agit de manière transparente, objective et impartiale;
b. il prend des mesures contre les conflits d'intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption;
c. il veille à l'égalité de traitement des soumissionnaires dans toutes les phases de la procédure;
d. il n'engage pas de négociations portant sur le prix;
e. il s'engage à observer le caractère confidentiel des indications fournies par les soumissionnaires.

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

1 Les marchés publics portant sur des prestations à exécuter en Suisse ne sont adjugés qu'à des soumissionnaires qui respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail en vigueur en Suisse, les obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la loi du 17 juin 2005 sur le travail au noir (LTN)[83] ainsi que les dispositions relatives à l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes.

2 Les marchés publics portant sur des prestations à exécuter à l'étranger ne sont adjugés qu'à des soumissionnaires qui respectent au moins les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT) mentionnées à l'annexe 3. L'adjudicateur peut en outre exiger le respect d'autres standards de travail internationaux importants et la production des preuves correspondantes ainsi que convenir de la mise en place de contrôles.

3 Un marché public ne peut être adjugé qu'aux soumissionnaires qui respectent au moins les prescriptions légales relatives à la protection de l'environnement et à la préservation des ressources naturelles en vigueur au lieu de la prestation; ces prescriptions comprennent, en Suisse, les dispositions du droit suisse en matière d'environnement et, à l'étranger, les conventions internationales relatives à la protection de l'environnement déterminées par le Conseil fédéral et mentionnées à l'annexe 4.

4 Les sous-traitants sont tenus de respecter les exigences définies aux al. 1 –à 3. Cette obligation doit être mentionnée dans les accords que les soumissionnaires concluent avec leurs sous-traitants.

---

83 RS **822.41**

5 L'adjudicateur peut contrôler le respect des exigences définies aux al. 1 à 3 ou déléguer cette compétence à des tiers, à moins que ce contrôle n'ait été confié à une autorité instituée par une loi spéciale ou à une autre instance compétente, en particulier un organe de contrôle paritaire. Pour les besoins de ces contrôles, l'adjudicateur peut fournir à l'autorité ou à l'organe de contrôle compétents les informations nécessaires et mettre des documents à leur disposition. Sur demande, le soumissionnaire doit produire les preuves exigées.

6 L'organe de contrôle ou l'autorité chargés de contrôler le respect des exigences définies aux al. 1 à 3 informent l'adjudicateur des résultats de leurs contrôles et des éventuelles mesures prises.

Art. 13 Récusation

1 Ne peuvent participer à la procédure d'adjudication, du côté de l'adjudicateur ou du jury, les personnes qui:

a. ont un intérêt personnel dans le marché;
b. sont liées par les liens du mariage ou du partenariat enregistré ou mènent de fait une vie de couple avec un soumissionnaire ou un membre de l'un de ses organes;
c. sont parentes ou alliées, en ligne directe ou jusqu'au troisième degré en ligne collatérale, d'un soumissionnaire ou d'un membre de l'un de ses organes;
d. représentent un soumissionnaire ou ont agi dans la même affaire pour un soumissionnaire, ou
e. ne disposent pas, pour toute autre raison, de l'indépendance nécessaire pour participer à la passation de marchés publics.

2 La demande de récusation doit être déposée immédiatement après la prise de connaissance du motif de récusation.

3 L'adjudicateur ou le jury statue sur les demandes de récusation en l'absence de la personne concernée.

4 L'adjudicateur peut prescrire dans l'appel d'offres que les soumissionnaires qui entretiennent avec un membre du jury une relation justifiant la récusation dans les concours et les mandats d'étude parallèles soient exclus de la procédure.

Art. 14 Préimplication

1 Les soumissionnaires qui ont participé à la préparation d'une procédure d'adjudication ne sont pas autorisés à présenter une offre lorsque l'avantage concurrentiel ainsi acquis ne peut être compensé par des moyens appropriés et que l'exclusion ne compromet pas la concurrence efficace entre soumissionnaires.

2 Les moyens appropriés pour compenser un avantage concurrentiel sont en particulier:

a. la transmission de toutes les indications essentielles concernant les travaux préalables;
b. la communication des noms des participants à la préparation du marché;
c. la prolongation des délais minimaux.

3 Une étude de marché requise par l'adjudicateur préalablement à l'appel d'offres n'entraîne pas la préimplication des soumissionnaires mandatés. L'adjudicateur publie les résultats de l'étude de marché dans les documents d'appel d'offres.

Art. 15 Détermination de la valeur du marché

1 L'adjudicateur estime la valeur probable du marché.

2 Un marché public ne peut être subdivisé en vue de contourner les dispositions du présent accord.

3 Pour l'estimation de la valeur d'un marché, l'ensemble des prestations à adjuger ou des rémunérations qui sont en étroite relation d'un point de vue matériel ou juridique doivent être prises en compte. Tous les éléments des rémunérations sont pris en compte, y compris ceux qui sont liés aux options de prolongation et aux options concernant des marchés complémentaires, de même que l'ensemble des primes, émoluments, commissions et intérêts attendus, à l'exclusion de la taxe sur la valeur ajoutée.

4 Pour les contrats de durée déterminée, la valeur du marché est calculée en additionnant les rémunérations à verser sur toute la durée du contrat, y compris les rémunérations liées aux éventuelles options de prolongation. La durée de ces contrats ne peut, en règle générale, pas dépasser cinq ans. Dans les cas dûment motivés, une durée plus longue peut être prévue.

5 Pour les contrats de durée indéterminée, la valeur du marché est calculée en multipliant la rémunération mensuelle par 48.

6 Pour les contrats portant sur des prestations nécessaires périodiquement, la valeur du marché est calculée sur la base de la rémunération qui a été versée pour de telles prestations durant les douze mois précédents ou sur la base d'une estimation des besoins au cours des douze mois suivant la première commande.

Chapitre 4 Procédures d'adjudication

Art. 16 Valeurs seuils

1 La procédure est choisie en fonction de la valeur du marché et des valeurs seuils indiquées aux annexes 1 et 2. Après consultation du Conseil fédéral, l'AiMp adapte périodiquement les valeurs seuils selon les engagements internationaux.

2 La Confédération garantit la participation des cantons à toute renégociation des engagements internationaux relatifs aux valeurs seuils.

3 Lorsque la valeur totale de plusieurs travaux de construction visés à l'annexe 1, ch. 1, qui sont nécessaires à la réalisation d'un même ouvrage atteint la valeur seuil déterminante pour l'application des accords internationaux, les dispositions du présent accord qui régissent les marchés soumis aux accords internationaux s'appliquent. En revanche, lorsque ces travaux de construction ont chacun une valeur inférieure à 2 millions de francs et que leur valeur cumulée ne dépasse pas 20 % de la valeur totale de l'ouvrage, ils sont soumis

aux dispositions du présent accord qui régissent les marchés non soumis aux accords internationaux (clause *de minimis*).

4 Pour les travaux de construction non soumis aux accords internationaux, la procédure applicable est déterminée sur la base de la valeur de chacun des travaux.

Art. 17 Types de procédures

Suivant sa valeur et les valeurs seuils, un marché public peut, au choix de l'adjudicateur, être adjugé selon la procédure ouverte, la procédure sélective, la procédure sur invitation ou la procédure de gré à gré.

Art. 18 Procédure ouverte

1 Dans la procédure ouverte, l'adjudicateur lance un appel d'offres public pour le marché.

2 Tout soumissionnaire peut présenter une offre.

Art. 19 Procédure sélective

1 Dans la procédure sélective, l'adjudicateur lance un appel d'offres public pour le marché en invitant les soumissionnaires à présenter, dans un premier temps, une demande de participation.

2 L'adjudicateur choisit les soumissionnaires autorisés à présenter une offre en fonction de leur aptitude.

3 L'adjudicateur peut limiter le nombre de soumissionnaires autorisés à présenter une offre, à condition qu'une concurrence efficace reste garantie. Il autorise si possible au moins trois soumissionnaires à présenter une offre.

Art. 20 Procédure sur invitation

1 La procédure sur invitation est applicable aux marchés publics qui ne sont pas soumis aux accords internationaux et qui atteignent les valeurs seuils indiquées dans l'annexe 2.

2 Dans la procédure sur invitation, l'adjudicateur invite les soumissionnaires de son choix à présenter une offre, sans lancer d'appel d'offres public. À cette fin, il établit des documents d'appel d'offres. Il demande si possible au moins trois offres.

Art. 21 Procédure de gré à gré

1 Dans la procédure de gré à gré, l'adjudicateur adjuge un marché public directement à un soumissionnaire, sans lancer d'appel d'offres. Il peut demander des offres à des fins de comparaison et procéder à des négociations.

2 L'adjudicateur peut adjuger un marché de gré à gré sans considération des valeurs seuils lorsqu'une des conditions suivantes est remplie:

a. aucune offre ou demande de participation n'est présentée dans le cadre de la procédure ouverte, sélective ou sur invitation, aucune offre ne satisfait aux exigences

essentielles de l'appel d'offres ou ne respecte les spécifications techniques ou aucun soumissionnaire ne répond aux critères d'aptitude;

b. des indices suffisants laissent penser que toutes les offres présentées dans le cadre de la procédure ouverte, sélective ou sur invitation résultent d'un accord illicite affectant la concurrence;

c. un seul soumissionnaire entre en considération en raison des particularités techniques ou artistiques du marché ou pour des motifs relevant de la protection de la propriété intellectuelle, et il n'existe pas de solution de rechange adéquate;

d. en raison d'événements imprévisibles, l'urgence du marché est telle que, même en réduisant les délais, une procédure ouverte, sélective ou sur invitation ne peut être menée à bien;

e. un changement de soumissionnaire pour des prestations destinées à remplacer, à compléter ou à accroître des prestations déjà fournies n'est pas possible pour des raisons économiques ou techniques ou entraînerait des difficultés importantes ou une augmentation substantielle des coûts;

f. l'adjudicateur achète de nouvelles marchandises (prototypes) ou des prestations d'un nouveau genre qui ont été produites ou mises au point à sa demande dans le cadre d'un marché de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement original;

g. l'adjudicateur achète des prestations sur un marché de produits de base;

h. l'adjudicateur peut acheter des prestations à un prix nettement inférieur aux prix usuels à la faveur d'une offre avantageuse limitée dans le temps (notamment dans le cas de liquidations);

i. l'adjudicateur adjuge le marché complémentaire au lauréat d'un concours d'études ou d'un concours portant sur les études et la réalisation ou au lauréat d'une procédure de sélection liée à des mandats d'étude ou à des mandats portant sur les études et la réalisation; les conditions suivantes doivent être remplies:

   1. la procédure précédente a été organisée dans le respect des principes du présent accord,
   2. les propositions de solutions ont été jugées par un jury indépendant,
   3. l'adjudicateur s'est réservé dans l'appel d'offres le droit d'adjuger le marché complémentaire selon une procédure de gré à gré.

3 Pour chaque marché adjugé de gré à gré en vertu de l'al. 2, l'adjudicateur établit une documentation indiquant:

a. les noms de l'adjudicateur et du soumissionnaire retenu;

b. la nature et la valeur de la prestation achetée;

c. les circonstances et conditions justifiant le recours à la procédure de gré à gré.

Art. 22 Concours et mandats d'étude parallèles

L'adjudicateur qui organise un concours d'études ou un concours portant sur les études et la réalisation ou qui attribue des mandats d'étude parallèles définit la procédure au cas par cas,

dans le respect des principes énoncés dans le présent accord. Il peut se référer aux règles édictées en la matière par les associations professionnelles.

Art. 23 Enchères électroniques

1 L'adjudicateur peut recourir à une enchère électronique pour acquérir des prestations standardisées dans le cadre d'une procédure régie par le présent accord. Une enchère électronique est un processus comportant éventuellement plusieurs étapes au cours duquel les offres sont remaniées après une évaluation complète puis reclassées en utilisant des moyens électroniques. L'intention de recourir à une enchère électronique doit être mentionnée dans l'appel d'offres.

2 L'enchère électronique porte sur:
   a. les prix, lorsque le marché est adjugé au soumissionnaire présentant l'offre dont le prix total est le plus bas, ou
   b. les prix et les valeurs des autres éléments quantifiables de l'offre (comme le poids, le degré de pureté ou la qualité), lorsque le marché est adjugé au soumissionnaire présentant l'offre la plus avantageuse.

3 L'adjudicateur vérifie que les soumissionnaires remplissent les critères d'aptitude et que les offres respectent les spécifications techniques. Il procède à une première évaluation des offres sur la base des critères d'adjudication et de leur pondération respective. Avant le début de l'enchère, il communique à chaque soumissionnaire:
   a. la méthode d'évaluation automatique, y compris la formule mathématique, qui est fondée sur les critères d'adjudication indiqués;
   b. le résultat de l'évaluation initiale de son offre, et
   c. tous les autres renseignements pertinents concernant le déroulement de l'enchère.

4 Tous les soumissionnaires admis à participer à l'enchère sont invités simultanément, par voie électronique, à présenter une nouvelle offre ou une offre modifiée. L'adjudicateur peut limiter le nombre de soumissionnaires admis, à condition d'avoir mentionné cette intention dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres.

5 L'enchère électronique peut comporter plusieurs étapes. Au terme de chaque étape, l'adjudicateur informe les soumissionnaires de leur position dans le classement.

Art. 24 Dialogue

1 Lors d'une procédure d'adjudication ouverte ou sélective portant sur un marché complexe, sur des prestations intellectuelles ou sur des prestations innovantes, l'adjudicateur peut engager avec les soumissionnaires un dialogue visant à concrétiser l'objet du marché ainsi qu'à développer et à fixer les solutions ou les procédés applicables. L'intention de mener un dialogue doit être mentionnée dans l'appel d'offres.

2 Le dialogue ne peut être mené dans le but de négocier les prix et les prix totaux.

3 L'adjudicateur spécifie ses besoins et ses exigences dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres. Il indique en outre:

a. le déroulement du dialogue;
b. la teneur possible du dialogue;
c. si et, le cas échéant, comment les soumissionnaires seront indemnisés pour leur participation au dialogue et pour l'utilisation de leurs droits de propriété intellectuelle, de leurs connaissances et de leur expérience;
d. les délais et les modalités de remise de l'offre définitive.

4 L'adjudicateur peut réduire le nombre de soumissionnaires participant au dialogue en fonction de critères objectifs et transparents.

5 Il consigne le déroulement et la teneur du dialogue de manière appropriée et compréhensible.

Art. 25 Contrats-cadres

1 L'adjudicateur peut lancer un appel d'offres portant sur des contrats qui seront conclus avec un ou plusieurs soumissionnaires et qui ont pour objet de fixer les conditions auxquelles les prestations requises seront acquises au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne le prix et, le cas échéant, les quantités envisagées. Pendant la durée d'un tel contrat-cadre, l'adjudicateur peut conclure des contrats subséquents fondés sur ce dernier.

2 Les contrats-cadres ne peuvent être conclus avec pour intention ou effet d'empêcher ou de supprimer la concurrence.

3 La durée d'un contrat-cadre ne peut excéder cinq ans. Une prolongation automatique n'est pas possible. Une durée plus longue peut être prévue dans des cas dûment motivés.

4 Lorsqu'un contrat-cadre est conclu avec un seul soumissionnaire, les contrats subséquents sont conclus conformément aux conditions fixées dans ce contrat-cadre. L'adjudicateur peut demander par écrit au partenaire contractuel de compléter son offre en vue de la conclusion des contrats subséquents.

5 Lorsque, pour des raisons suffisantes, des contrats-cadres sont conclus avec plusieurs soumissionnaires, l'adjudicateur peut conclure les contrats subséquents soit aux conditions fixées dans le contrat-cadre concerné, sans nouvelle invitation à remettre une offre, soit selon la procédure suivante:

a. avant de conclure un contrat subséquent, l'adjudicateur consulte les partenaires contractuels par écrit et leur fait part de ses besoins spécifiques;
b. l'adjudicateur fixe aux partenaires contractuels un délai convenable pour la remise des offres pour le contrat subséquent concerné;
c. les offres doivent être remises par écrit et lient le soumissionnaire pendant la durée spécifiée dans la demande d'offres;
d. l'adjudicateur conclut le contrat subséquent avec le partenaire contractuel qui lui présente l'offre jugée la meilleure sur la base des critères définis dans les documents d'appel d'offres ou dans le contrat-cadre.

Chapitre 5 Conditions d'adjudication

Art. 26 Conditions de participation

1 Lors de la procédure d'adjudication ainsi que lors de l'exécution du marché adjugé, l'adjudicateur s'assure que les soumissionnaires et leurs sous-traitants remplissent les conditions de participation, dont en particulier le respect des exigences définies à l'art. 12, qu'ils ont payé les impôts et les cotisations sociales exigibles et qu'ils ne concluent pas d'accords illicites affectant la concurrence.

2 Il peut exiger des soumissionnaires qu'ils prouvent le respect des conditions de participation au moyen notamment d'une déclaration ou de leur inscription sur une liste.

3 Il indique dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres quelles preuves doivent être remises et à quel moment.

Art. 27 Critères d'aptitude

1 L'adjudicateur définit de manière exhaustive, dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres, les critères d'aptitude auxquels doivent répondre les soumissionnaires. Ces critères doivent être objectivement nécessaires et vérifiables pour le marché concerné.

2 Les critères d'aptitude peuvent concerner en particulier les capacités professionnelles, financières, économiques, techniques et organisationnelles des soumissionnaires ainsi que leur expérience.

3 L'adjudicateur indique dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres quelles preuves les soumissionnaires doivent fournir et à quel moment.

4 Il ne peut poser comme condition que les soumissionnaires aient déjà obtenu un ou plusieurs marchés publics d'un adjudicateur soumis au présent accord.

Art. 28 Listes

1 L'adjudicateur ou l'autorité compétente en vertu de la loi peut tenir une liste de soumissionnaires qui ont l'aptitude requise pour pouvoir obtenir des marchés publics.

2 Les indications suivantes doivent être publiées sur la plateforme Internet de la Confédération et des cantons:

a. source de la liste;
b. informations sur les critères à remplir;
c. méthodes de vérification et conditions d'inscription sur la liste;
d. durée de validité et procédure pour le renouvellement de l'inscription.

3 Une procédure transparente doit garantir qu'il est en tout temps possible de déposer une demande d'inscription, d'examiner ou de vérifier l'aptitude d'un soumissionnaire ainsi que d'inscrire un soumissionnaire sur la liste ou de l'en radier.

4 Les soumissionnaires qui ne figurent pas sur une liste sont également admis à participer à une procédure de passation de marchés, à condition d'apporter la preuve de leur aptitude.

5 Si la liste est supprimée, les soumissionnaires y figurant en sont informés.

Art. 29 Critères d'adjudication

1 L'adjudicateur évalue les offres sur la base de critères d'adjudication en lien avec les prestations. Outre le prix et la qualité de la prestation, il peut notamment prendre en considération des critères tels que l'adéquation, les délais, la valeur technique, la rentabilité, les coûts du cycle de vie, l'esthétique, le développement durable, la plausibilité de l'offre, la créativité, le service après-vente, les conditions de livraison, l'infrastructure, le caractère innovant, la fonctionnalité, le service à la clientèle, les compétences techniques et l'efficacité de la méthode.

2 Pour les marchés non soumis aux accords internationaux, l'adjudicateur peut prendre en compte à titre complémentaire la mesure dans laquelle les soumissionnaires offrent des places de formation professionnelle initiale, des places de travail pour les travailleurs âgés ou une réinsertion pour les chômeurs de longue durée.

3 L'adjudicateur indique les critères d'adjudication et leur pondération dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres. Il peut renoncer à indiquer la pondération lorsque le marché porte sur des solutions, des propositions de solutions ou des procédés.

4 Les prestations standardisées peuvent être adjugées sur la base du seul critère du prix le plus bas.

Art. 30 Spécifications techniques

1 L'adjudicateur fixe les spécifications techniques nécessaires dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres. Celles-ci définissent les caractéristiques de l'objet du marché, telles que sa fonction, ses performances, sa qualité, sa sécurité, ses dimensions ou les procédés de production et fixent les exigences relatives au marquage ou à l'emballage.

2 Dans la mesure où cela est possible et approprié, l'adjudicateur fixe les spécifications techniques en se fondant sur des normes internationales ou, à défaut, sur des prescriptions techniques appliquées en Suisse, des normes nationales reconnues ou les recommandations de la branche.

3 Il ne peut être exigé de noms commerciaux, de marques, de brevets, de droits d'auteur, de designs, de types, d'origines ou de producteurs particuliers, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire l'objet du marché et à la condition que l'adjudicateur utilise alors des termes tels que «ou équivalent» dans les documents d'appel d'offres. La preuve de l'équivalence incombe au soumissionnaire.

4 L'adjudicateur peut prévoir des spécifications techniques permettant de préserver les ressources naturelles ou de protéger l'environnement.

Art. 31 Communautés de soumissionnaires et sous-traitants

1 La participation de communautés de soumissionnaires et le recours à des sous-traitants sont admis, à moins que l'adjudicateur ne limite ou n'exclue ces possibilités dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres.

2 La participation multiple de sous-traitants ou la participation multiple de soumissionnaires à des communautés de soumissionnaires ne sont possibles que si elles sont expressément admises dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres.

3 La prestation caractéristique doit en principe être fournie par le soumissionnaire.

Art. 32 Lots et prestations partielles

1 Le soumissionnaire doit remettre une offre globale pour l'objet du marché.

2 L'adjudicateur peut diviser l'objet du marché en plusieurs lots et adjuger ceux-ci à un ou plusieurs soumissionnaires.

3 Lorsque l'adjudicateur a constitué des lots, les soumissionnaires peuvent présenter une offre pour plusieurs lots, à moins que l'adjudicateur n'ait prévu d'autres modalités dans l'appel d'offres. Il peut limiter le nombre de lots pouvant être adjugés à un même soumissionnaire.

4 L'adjudicateur qui se réserve le droit d'exiger des soumissionnaires une collaboration avec des tiers doit l'indiquer dans l'appel d'offres.

5 Il peut se réserver, dans l'appel d'offres, le droit d'adjuger des prestations partielles.

Art. 33 Variantes

1 Le soumissionnaire est libre de proposer, en plus de son offre pour la prestation décrite dans l'appel d'offres, des variantes. L'adjudicateur peut limiter ou exclure cette possibilité dans l'appel d'offres.

2 On entend par variante une offre qui permet d'atteindre le but du marché d'une manière différente de celle prévue par l'adjudicateur.

Art. 34 Exigences de forme

1 Les offres et les demandes de participation doivent être remises par écrit, de manière complète et dans les délais fixés, en respectant les indications figurant dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres.

2 Elles peuvent être remises par voie électronique lorsque cette possibilité est prévue dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres et que les exigences fixées par l'adjudicateur sont respectées.

Chapitre 6 Déroulement de la procédure d'adjudication

Art. 35 Contenu de l'appel d'offres

L'appel d'offres contient au minimum les indications suivantes:

a. le nom et l'adresse de l'adjudicateur;

b. le genre de marché, le type de procédure, le code CPV[84] correspondant et en outre, pour les services, le code CPC[85] correspondant;
c. la description des prestations, y compris la nature et la quantité ou, dans les cas où la quantité n'est pas connue, la quantité estimée, ainsi que les éventuelles options;
d. le lieu et le délai d'exécution de la prestation;
e. le cas échéant, la division en lots, la limitation du nombre de lots et la possibilité de présenter des offres partielles;
f. le cas échéant, la limitation ou l'exclusion de la participation des communautés de soumissionnaires et du recours à des sous-traitants;
g. le cas échéant, la limitation ou l'exclusion des variantes;
h. pour les prestations nécessaires périodiquement, si possible le délai de publication du prochain appel d'offres et, le cas échéant, l'indication concernant la réduction du délai de remise des offres;
i. le cas échéant, l'indication selon laquelle il y aura une enchère électronique;
j. le cas échéant, l'intention de mener un dialogue;
k. le délai de remise des offres ou des demandes de participation;
l. les exigences de forme applicables à la remise des offres ou des demandes de participation, le cas échéant l'indication selon laquelle la prestation et le prix doivent être proposés dans deux enveloppes distinctes;
m. la ou les langues de la procédure et des offres;
n. les critères d'aptitude et les preuves requises;
o. le cas échéant, le nombre maximal de soumissionnaires qui, dans le cadre d'une procédure sélective, seront invités à présenter une offre;
p. les critères d'adjudication et leur pondération, lorsque ces indications ne figurent pas dans les documents d'appel d'offres;
q. le cas échéant, le droit réservé d'adjuger des prestations partielles;
r. la durée de validité des offres;
s. l'adresse à laquelle les documents d'appel d'offres peuvent être obtenus et, le cas échéant, un émolument couvrant les frais;
t. l'indication que le marché est ou non soumis aux accords internationaux;
u. le cas échéant, les soumissionnaires préimpliqués et admis à la procédure;
v. les voies de droit.

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

Les documents d'appel d'offres contiennent les indications suivantes, à moins que celles-ci ne figurent déjà dans l'appel d'offres:

a. le nom et l'adresse de l'adjudicateur;

---

84 CPV = «Common Procurement Vocabulary» (Vocabulaire commun pour les marchés publics de l'Union européenne).
85 CPC = «Central Product Classification» (Classification centrale des produits des Nations Unies).

b. l'objet du marché, y compris les spécifications techniques et les attestations de conformité, les plans, les dessins et les instructions nécessaires ainsi que les indications relatives aux quantités exigées;
c. les exigences de forme, les conditions de participation à la procédure d'adjudication, y compris la liste des informations et des documents que les soumissionnaires doivent fournir en relation avec ces conditions, et l'éventuelle pondération des critères d'aptitude;
d. les critères d'adjudication et leur pondération;
e. lorsque l'adjudicateur passe le marché par voie électronique, les éventuelles exigences relatives à l'authentification et au cryptage des renseignements communiqués par voie électronique;
f. lorsque l'adjudicateur prévoit une enchère électronique, les règles applicables à cette dernière, y compris les éléments de l'offre qui pourront être modifiés et qui seront évalués sur la base des critères d'adjudication;
g. la date, l'heure et le lieu d'ouverture des offres, en cas d'ouverture publique des offres;
h. toutes les autres modalités et conditions nécessaires à l'établissement des offres, en particulier la monnaie dans laquelle celles-ci doivent être présentées (en règle générale le franc suisse);
i. les délais d'exécution des prestations.

Art. 37 Ouverture des offres

1 Dans les procédures ouvertes, sélectives ou sur invitation, toutes les offres remises dans le délai imparti sont ouvertes par au minimum deux représentants de l'adjudicateur.
2 Un procès-verbal est établi à l'ouverture des offres. Il doit mentionner au minimum les noms des personnes présentes, les noms des soumissionnaires, la date de remise des offres, les éventuelles variantes ainsi que le prix total de chaque offre.
3 Lorsque la prestation et le prix doivent être proposés dans deux enveloppes distinctes, l'ouverture des enveloppes est régie par les al. 1 et 2, mais seuls les prix totaux devront être indiqués dans le procès-verbal d'ouverture des secondes enveloppes.
4 Le procès-verbal est rendu accessible sur demande à tous les soumissionnaires au plus tard après l'adjudication.

Art. 38 Examen des offres

1 L'adjudicateur vérifie si les offres déposées respectent les exigences de forme. Les erreurs manifestes de calcul sont corrigées d'office.
2 L'adjudicateur peut demander aux soumissionnaires de donner des explications sur leurs offres. Il consigne les questions posées et les réponses obtenues.
3 L'adjudicateur qui reçoit une offre dont le prix est anormalement bas par rapport aux prix des autres offres doit demander les renseignements utiles au soumissionnaire afin de s'assurer que les conditions de participation sont remplies et que les autres exigences de l'appel d'offres ont été comprises.

4 Lorsque la prestation et le prix doivent être proposés dans deux enveloppes distinctes, l'adjudicateur établit dans un premier temps la liste des meilleures offres du point de vue qualitatif. Dans un second temps, il évalue les prix totaux.

Art. 39 Rectification des offres

1 En vue de déterminer l'offre la plus avantageuse, l'adjudicateur peut, en collaboration avec les soumissionnaires, rectifier les offres en ce qui concerne les prestations et les modalités de leur exécution.

2 Une rectification n'est effectuée que:

a. si elle est indispensable pour clarifier l'objet du marché ou les offres ou pour rendre les offres objectivement comparables sur la base des critères d'adjudication, ou

b. si des modifications des prestations sont objectivement et matériellement nécessaires; dans ce cas, l'objet du marché, les critères et les spécifications ne peuvent cependant être adaptés de manière telle que la prestation caractéristique ou le cercle des soumissionnaires potentiels s'en trouvent modifiés.

3 Une adaptation des prix ne peut être demandée que dans le cadre d'une rectification effectuée pour l'une des raisons mentionnées à l'al. 2.

4 L'adjudicateur consigne dans des procès-verbaux les résultats de la rectification des offres.

Art. 40 Évaluation des offres

1 Si les critères d'aptitude sont remplis et les spécifications techniques respectées, les offres sont examinées et évaluées sur la base des critères d'adjudication de manière objective, uniforme et traçable. L'adjudicateur établit un rapport sur l'évaluation.

2 Lorsque l'examen et l'évaluation approfondis des offres exigent des moyens considérables et à condition de l'avoir annoncé dans l'appel d'offres, l'adjudicateur peut soumettre toutes les offres à un premier examen sur la base des documents remis et les classer. Il choisit ensuite si possible les trois offres les mieux classées et les soumet à un examen et à une évaluation détaillés.

Art. 41 Adjudication

Le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse.

Art. 42 Conclusion du contrat

1 Le contrat peut être conclu avec le soumissionnaire retenu après l'écoulement du délai de recours contre l'adjudication, à moins que le Tribunal administratif cantonal n'ait accordé l'effet suspensif à un recours formé contre l'adjudication.

2 Lorsqu'une procédure de recours contre l'adjudication est pendante sans que l'effet suspensif ait été demandé ou octroyé, l'adjudicateur informe immédiatement le tribunal de la conclusion du contrat.

Art. 43 Interruption

1 L'adjudicateur peut interrompre la procédure d'adjudication en particulier dans les cas suivants:

a. il renonce, pour des motifs suffisants, à adjuger le marché public;

b. aucune offre ne répond aux spécifications techniques ou aux autres exigences;

c. en raison de modifications des conditions-cadres, des offres plus avantageuses sont attendues;

d. les offres présentées ne permettent pas une acquisition économique ou dépassent nettement le budget;

e. il existe des indices suffisants d'un accord illicite affectant la concurrence entre les soumissionnaires;

f. une modification importante des prestations demandées est nécessaire.

2 En cas d'interruption justifiée de la procédure, les soumissionnaires n'ont pas droit à une indemnisation.

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

1 L'adjudicateur peut exclure un soumissionnaire de la procédure d'adjudication, le radier d'une liste ou révoquer une adjudication s'il est constaté que le soumissionnaire, un de ses organes, un tiers auquel il fait appel ou un organe de ce dernier:

a. ne remplit pas ou plus les conditions de participation à la procédure d'adjudication ou a un comportement qui compromet la conformité de cette dernière aux dispositions légales;

b. remet une offre ou une demande de participation qui est entachée d'importants vices de forme ou qui s'écarte de manière importante des exigences fixées dans l'appel d'offres;

c. a fait l'objet d'une condamnation entrée en force pour un délit commis au détriment de l'adjudicateur en cause ou pour un crime;

d. fait l'objet d'une procédure de saisie ou de faillite;

e. a enfreint les dispositions relatives à la lutte contre la corruption;

f. refuse de se soumettre aux contrôles qui ont été ordonnés;

g. ne paie pas les impôts ou les cotisations sociales exigibles;

h. n'a pas exécuté correctement des marchés publics antérieurs ou s'est révélé d'une autre manière ne pas être un partenaire fiable;

i. a participé à la préparation du marché, sans que le désavantage concurrentiel qui en découle pour les autres soumissionnaires puisse être compensé par des moyens appropriés;

j. a fait l'objet, en vertu de l'art. 45, al. 1, d'une exclusion des futurs marchés publics entrée en force.

2 L'adjudicateur peut également prendre les mesures mentionnées à l'al. 1 lorsque des indices suffisants laissent penser en particulier que le soumissionnaire, un de ses organes, un tiers auquel il fait appel ou un organe de ce dernier:

a. a fourni à l'adjudicateur des indications fausses ou trompeuses;

b. a conclu un accord illicite affectant la concurrence;

c. remet une offre anormalement basse, sans prouver, après y avoir été invité, qu'il remplit les conditions de participation, et ne donne aucune garantie que les prestations faisant l'objet du marché à adjuger seront exécutées conformément au contrat;

d. a enfreint les règles professionnelles reconnues ou porté atteinte à son honneur ou à son intégrité professionnels par ses agissements ou omissions;

e. est insolvable;

f. ne respecte pas les dispositions relatives à la protection des travailleurs, les conditions de travail, les dispositions relatives à l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes, les dispositions relatives à la confidentialité, les dispositions du droit suisse en matière d'environnement ou les conventions internationales relatives à la protection de l'environnement déterminées par le Conseil fédéral;

g. a violé les obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la LTN[86];

h. viole la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale[87].

Art. 45 Sanctions

1 Lorsqu'un soumissionnaire ou un sous-traitant se trouve, lui-même ou à travers ses organes, dans un ou plusieurs des cas énoncés à l'art. 44, al. 1, let. c et e, et 2, let. b, f et g, et que l'acte ou les actes concernés sont graves, il peut être exclu pour une durée maximale de cinq ans des futurs marchés ou se voir infliger une amende pouvant aller jusqu'à 10% du prix final de l'offre soit par l'adjudicateur, soit par l'autorité compétente en vertu de la loi. Dans les cas de peu de gravité, un avertissement peut être prononcé.

2 Ces sanctions peuvent être prononcées indépendamment de l'application d'autres mesures juridiques à l'encontre du soumissionnaire, du sous-traitant ou de leurs organes fautifs. Si l'adjudicateur ou l'autorité compétente en vertu de la loi soupçonne un accord illicite affectant la concurrence au sens de l'art. 44, al. 2, let. b, il ou elle en informe la Commission de la concurrence.

---

86 RS **822.41**
87 RS **241**

3 L'adjudicateur ou l'autorité compétente en vertu de la loi annonce à l'AiMp les exclusions entrées en force prononcées sur la base de l'al. 1. L'AiMp tient une liste non publique des soumissionnaires et sous-traitants sanctionnés, qui mentionne le motif et la durée de l'exclusion des marchés publics. Il veille à ce que tout adjudicateur puisse obtenir les données relatives à un soumissionnaire ou sous-traitant déterminé. À cet effet, il peut mettre en place une procédure de consultation en ligne des données. La Confédération et les cantons se donnent mutuellement accès à toutes les informations récoltées sur la base du présent article. À l'expiration de la sanction, l'inscription y relative est effacée de la liste.

4 Lorsqu'un adjudicateur contrevient au présent accord, l'autorité compétente en vertu de la loi édicte des instructions appropriées et se charge d'en assurer le respect.

5 Lorsque des contributions financières sont allouées pour un marché public, elles peuvent être supprimées en tout ou en partie ou faire l'objet d'une demande de restitution en cas de violation du présent accord par l'adjudicateur.

Chapitre 7 Délais et publications, statistiques

Art. 46 Délais

1 L'adjudicateur fixe les délais de remise des offres ou des demandes de participation en tenant compte de la complexité du marché, du nombre probable de contrats de sous-traitance ainsi que des modes de transmission des offres ou des demandes de participation.

2 Pour les marchés soumis aux accords internationaux, les délais minimaux suivants sont applicables:

a. dans la procédure ouverte, 40 jours à compter de la publication de l'appel d'offres pour la remise des offres;

b. dans la procédure sélective, 25 jours à compter de la publication de l'appel d'offres pour la remise des demandes de participation et 40 jours à compter de l'invitation à remettre une offre pour la remise des offres.

3 Une prolongation de ces délais doit être annoncée en temps utile à tous les soumissionnaires ou être publiée.

4 Pour les marchés non soumis aux accords internationaux, le délai de remise des offres est en général d'au moins 20 jours. Dans le cas de prestations largement standardisées, il peut être réduit à 5 jours au minimum.

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

1 En cas d'urgence dûment établie, l'adjudicateur peut réduire les délais minimaux visés à l'art. 46, al. 2, à 10 jours au minimum.

2 Il peut réduire le délai minimal de remise des offres de 40 jours fixé à l'art. 46, al. 2, de 5 jours par condition remplie lorsque:

a. l'appel d'offres est publié par voie électronique;

b. les documents d'appel d'offres sont publiés simultanément par voie électronique,

c. les offres transmises par voie électronique sont admises.

3 Il peut réduire le délai minimal de remise des offres de 40 jours fixé à l'art. 46, al. 2, à 10 jours au minimum lorsqu'il a publié, au moins 40 jours et au plus 12 mois avant la publication de l'appel d'offres, un avis préalable mentionnant:

a. l'objet du marché envisagé;
b. le délai approximatif de remise des offres ou des demandes de participation;
c. le fait que les soumissionnaires intéressés devraient faire part à l'adjudicateur de leur intérêt pour le marché;
d. l'adresse à laquelle les documents d'appel d'offres pourront être obtenus;
e. toutes les autres indications énumérées à l'art. 35 qui sont déjà disponibles à cette date.

4 Il peut réduire le délai minimal de remise des offres de 40 jours fixé à l'art. 46, al. 2, à 10 jours au minimum lorsqu'il acquiert des prestations nécessaires périodiquement et qu'il a annoncé cette réduction de délai dans un précédent appel d'offres.

5 Au surplus, lorsque l'adjudicateur achète des marchandises ou des services commerciaux ou une combinaison des deux, il peut dans tous les cas réduire le délai de remise des offres à 13 jours au minimum, à condition de publier simultanément par voie électronique l'appel d'offres et les documents d'appel d'offres. En outre, si l'adjudicateur accepte de recevoir des offres pour des marchandises ou des services commerciaux par voie électronique, il peut réduire le délai de remise des offres à 10 jours au minimum.

Art. 48 Publications

1 Dans les procédures ouvertes ou sélectives, l'adjudicateur publie l'avis préalable, l'appel d'offres, l'adjudication et l'interruption de la procédure sur une plateforme Internet pour les marchés publics exploitée conjointement par la Confédération et les cantons. Il publie également les adjudications de gré à gré des marchés soumis aux accords internationaux.

2 Les documents d'appel d'offres sont en général mis à disposition en même temps et par voie électronique. L'accès à ces publications est gratuit.

3 L'organisation chargée par la Confédération et les cantons de développer et d'exploiter la plateforme Internet peut percevoir des rémunérations ou des émoluments auprès des adjudicateurs, des soumissionnaires et d'autres personnes utilisant la plateforme ou les services associés. Les montants perçus sont déterminés par le nombre de publications ou l'étendue des prestations fournies.

4 Lorsque l'appel d'offres pour un marché soumis aux accords internationaux n'est pas publié dans une des langues officielles de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), l'adjudicateur en publie simultanément un résumé dans une des langues officielles de l'OMC. Ce résumé mentionne au minimum:

a. l'objet du marché;
b. le délai de remise des offres ou des demandes de participation;
c. l'adresse à laquelle les documents d'appel d'offres peuvent être obtenus.

5 Pour les marchés non soumis aux accords internationaux, il convient de tenir compte de la langue du lieu où le marché sera exécuté.

6 Les adjudications des marchés soumis aux accords internationaux doivent en principe être publiées dans un délai de 30 jours. L'avis contient les indications suivantes:
   a. le type de procédure utilisé;
   b. l'objet et l'étendue du marché;
   c. le nom et l'adresse de l'adjudicateur;
   d. la date de l'adjudication;
   e. le nom et l'adresse du soumissionnaire retenu;
   f. le prix total de l'offre retenue, taxe sur la valeur ajoutée comprise.

7 Les cantons peuvent prévoir des organes de publication supplémentaires.

Art. 49 Conservation des documents

1 Les adjudicateurs conservent les documents déterminants en lien avec une procédure d'adjudication pendant au moins trois ans à compter de l'entrée en force de l'adjudication.

2 Font partie des documents à conserver:
   a. l'appel d'offres;
   b. les documents d'appel d'offres;
   c. le procès-verbal d'ouverture des offres;
   d. la correspondance relative à la procédure d'adjudication;
   e. les procès-verbaux relatifs à la rectification des offres;
   f. les décisions rendues dans le cadre de la procédure d'adjudication;
   g. l'offre retenue;
   h. les données permettant de reconstituer le déroulement d'une procédure d'adjudication menée par voie électronique;
   i. la documentation relative aux adjudications de gré à gré de marchés publics soumis aux accords internationaux.

3 Pendant la durée de leur conservation, les documents doivent être traités de manière confidentielle, à moins que le présent accord ne prévoie leur divulgation. Sont réservés les devoirs légaux d'information.

Art. 50 Statistiques

1 Dans les douze mois suivant la fin de chaque année civile, les cantons établissent à l'intention du Secrétariat d'État à l'économie (SECO) une statistique électronique sur les marchés soumis aux accords internationaux qui ont été adjugés au cours de l'année précédente.

2 Les statistiques contiennent au minimum les indications suivantes:
   a. le nombre et la valeur totale des marchés publics qui ont été adjugés par chaque adjudicateur, ventilés entre les marchés de construction, les marchés de fournitures et les marchés de services, avec indication des codes CPC ou CPV;
   b. le nombre et la valeur totale des marchés publics adjugés de gré à gré;

c. des estimations pour les données requises aux let. a et b, accompagnées d'une explication de la méthode utilisée pour établir les estimations, dans les cas où il n'est pas possible de fournir les données.

3 La valeur totale indiquée doit comprendre la taxe sur la valeur ajoutée.

4 La statistique globale du SECO est accessible au public, sous réserve de la protection des données et de la préservation des secrets d'affaires.

Chapitre 8 Voies de droit

Art. 51 Notification des décisions

1 L'adjudicateur notifie ses décisions aux soumissionnaires soit par publication, soit par notification individuelle. Les soumissionnaires ne peuvent invoquer le droit d'être entendu avant la notification de la décision.

2 Les décisions sujettes à recours doivent être sommairement motivées et indiquer les voies de droit.

3 La motivation sommaire d'une adjudication comprend:

a. le type de procédure d'adjudication utilisé et le nom du soumissionnaire retenu;
b. le prix total de l'offre retenue;
c. les caractéristiques et avantages décisifs de l'offre retenue;
d. le cas échéant, les motifs du recours à la procédure de gré à gré.

4 L'adjudicateur ne peut fournir aucun renseignement dont la divulgation:

a. enfreindrait le droit en vigueur ou porterait atteinte à l'intérêt public;
b. porterait atteinte aux intérêts commerciaux légitimes des soumissionnaires, ou
c. pourrait nuire à une concurrence loyale entre les soumissionnaires.

Art. 52 Recours

1 Les décisions de l'adjudicateur peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif cantonal en tant qu'instance cantonale unique, à tout le moins, lorsque la valeur du marché atteint la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation.

2 Les recours concernant les marchés des tribunaux supérieurs cantonaux relèvent directement de la compétence du Tribunal fédéral.

3 Les soumissionnaires étrangers ne peuvent faire recours contre des décisions relatives à des marchés non soumis aux accords internationaux que si l'État dans lequel ils ont leur siège accorde la réciprocité.

Art. 53 Objets du recours

1 Seules les décisions suivantes sont sujettes à recours:

a. l'appel d'offres;
b. la décision concernant le choix des participants à la procédure sélective;
c. la décision d'inscrire un soumissionnaire sur une liste ou de l'en radier;
d. la décision concernant les demandes de récusation;

e. l'adjudication;
f. la révocation de l'adjudication;
g. l'interruption de la procédure;
h. l'exclusion de la procédure;
i. le prononcé d'une sanction;

2 Les prescriptions contenues dans les documents d'appel d'offres dont l'importance est identifiable ne peuvent être contestées que dans le cadre d'un recours contre l'appel d'offres.

3 Les dispositions du présent accord relatives au droit d'être entendu dans la procédure de décision, à l'effet suspensif et à la restriction des motifs de recours ne sont pas applicables en cas de recours contre le prononcé d'une sanction.

4 Les décisions mentionnées à l'al. 1, let. c et i, peuvent faire l'objet d'un recours sans égard à la valeur du marché.

5 Pour le reste, les décisions rendues sur la base du présent accord ne sont pas sujettes à recours.

6 La conclusion de contrats subséquents au sens de l'art. 25, al. 4 et 5, ne peut faire l'objet d'un recours.

Art. 54 Effet suspensif

1 Le recours n'a pas effet suspensif.

2 Sur demande, le Tribunal administratif cantonal peut accorder l'effet suspensif au recours, lorsque celui-ci paraît suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public prépondérant ne s'y oppose. En matière d'effet suspensif, il n'y a en règle générale qu'un échange d'écritures.

3 Une demande d'octroi de l'effet suspensif abusive ou contraire à la bonne foi n'est pas protégée. Les demandes en dommages-intérêts de l'adjudicateur et du soumissionnaire retenu relèvent de la compétence des tribunaux civils.

Art. 55 Droit applicable

Sauf disposition contraire du présent accord, les procédures de décision et de recours sont régies par les dispositions des législations cantonales sur la procédure administrative.

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

1 Les recours, dûment motivés, doivent être déposés par écrit dans un délai de 20 jours à compter de la notification de la décision.

2 Les féries judicaires ne s'appliquent pas.

3 Le recours peut être formé pour:

a. violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation ;
b. constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents.

4 L'opportunité d'une décision ne peut être examinée dans le cadre d'une procédure de recours.

5 Seules les personnes qui prouvent qu'elles peuvent et veulent fournir les prestations demandées ou des prestations équivalentes peuvent faire recours contre les adjudications de gré à gré. Ne peuvent être invoqués que l'application indue de la procédure de gré à gré et le grief selon lequel l'adjudication est entachée de corruption.

Art. 57 Consultation des pièces

1 Au cours de la procédure de décision, les soumissionnaires n'ont pas le droit de consulter les pièces.

2 Dans la procédure de recours, le recourant peut, sur demande, consulter les pièces relatives à l'évaluation de son offre et les autres pièces de la procédure déterminantes pour la décision, à moins qu'un intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose.

Art. 58 Décision sur recours

1 L'autorité de recours peut soit statuer elle-même, soit renvoyer l'affaire à l'autorité précédente ou à l'adjudicateur. En cas de renvoi, elle donne des instructions impératives.

2 Lorsque le recours s'avère bien fondé et que le contrat a déjà été conclu avec le soumissionnaire retenu, l'autorité de recours constate le caractère illicite de la décision.

3 En même temps qu'elle procède à la constatation de la violation du droit, l'autorité de recours statue sur une éventuelle demande en dommages-intérêts.

4 Les dommages-intérêts sont limités aux dépenses que le soumissionnaire a dû engager en relation avec la préparation et la remise de son offre.

Art. 59 Révision

Lorsque l'autorité de recours est appelée à statuer sur une demande de révision, l'art. 60, al. 2, est applicable par analogie.

Chapitre 9 Autorités

Art. 60 Commission des marchés publics Confédération-cantons

1 La surveillance du respect des engagements internationaux de la Suisse en matière de marchés publics incombe à la Commission des marchés publics Confédération–cantons (CMCC). Celle-ci est composée à parts égales de représentants de la Confédération et de représentants des cantons. Le secrétariat est assuré par le SECO.

2 La CMCC assume notamment les tâches suivantes:

a. définir à l'intention du Conseil fédéral la position de la Suisse dans les organismes internationaux et conseiller les délégations suisses participant à des négociations;

b. promouvoir les échanges d'informations et d'expériences entre la Confédération et les cantons et élaborer des recommandations pour la transposition en droit suisse des engagements internationaux de la Suisse;

c. soigner les contacts avec les autorités de surveillance étrangères;
d. donner des conseils et, dans des cas particuliers, servir de médiateur lors de différends liés aux affaires visées aux let. a à c.

3 Lorsque des indices laissent penser que les engagements internationaux de la Suisse en matière de marchés publics sont violés, la CMCC peut intervenir auprès des autorités de la Confédération ou des cantons et les amener à clarifier la situation et, en cas d'irrégularités avérées, à prendre les mesures nécessaires.

4 La CMCC peut procéder à des expertises ou en faire effectuer par des experts.

5 Elle se dote d'un règlement interne. Celui-ci doit être approuvé par le Conseil fédéral et par l'AiMp.

Art. 61 Autorité intercantonale

1 Les membres de la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement représentant les cantons parties au présent accord, forment l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp).

2 L'AiMp assume notamment les tâches suivantes:
a. édicter le présent accord;
b. procéder aux modifications du présent accord, sous réserve de l'approbation des cantons parties;
c. adapter les valeurs seuils;
d. proposer au Conseil fédéral une exemption au présent accord et prendre acte des demandes en ce sens des adjudicateurs selon l'art. 7, al. 1 (clause d'exemption);
e. surveiller la mise en œuvre du présent accord par les cantons et désigner un organe de contrôle;
f. tenir la liste des soumissionnaires et sous-traitants sanctionnés conformément à l'art. 45, al. 3;
g. adopter un règlement fixant les règles d'organisation et de procédure pour l'application du présent accord;
h. agir comme organe de contact dans le cadre des accords internationaux;
i. désigner les délégués cantonaux aux commissions nationales et internationales et approuver les règles de fonctionnement de celles-ci.

3 L'AiMp prend ses décisions à la majorité des trois-quarts des représentants présents, pour autant que la moitié des cantons soit représentée. Chaque canton partie à l'accord dispose d'une voix, qui est exprimée par un membre de son gouvernement.

4 L'AiMp collabore avec les Conférences des chefs de départements cantonaux concernées, avec les Conférences spécialisées des cantons et avec la Confédération.

Art. 62 Contrôles

1 Les cantons veillent au respect du présent accord.

2 L'AiMp traite les dénonciations de cantons concernant le respect du présent accord par les autres cantons.

3 Les dénonciations de particuliers concernant le respect du présent accord par les cantons sont traitées par l'AiMp. La dénonciation ne permet pas de se voir reconnaître la qualité de partie et ne donne pas droit à une décision.

4 L'AiMp édicte un règlement à ce sujet.

Chapitre 10 Dispositions finales

Art. 63 Adhésion, dénonciation, modification et annulation

1 Chaque canton peut adhérer au présent accord par simple déclaration adressée à l'AiMp.

2 Le présent accord peut être dénoncé pour la fin d'une année civile moyennant un préavis de six mois adressé à l'AiMp.

3 Toute adhésion ou dénonciation, ainsi que toute modification ou annulation du présent accord seront communiquées à la Chancellerie fédérale par l'AiMp.

4 Dans le respect des engagements internationaux de la Suisse, les cantons peuvent édicter des dispositions d'exécution, en particulier pour les art. 10, 12 et 26.

Art. 64 Droit transitoire

1 Les procédures d'adjudication qui ont été lancées avant l'entrée en vigueur du présent accord sont régies par l'ancien droit jusqu'à leur clôture.

2 En cas de dénonciation par un canton, le présent accord s'applique à la passation des marchés publics ayant fait l'objet d'un appel d'offres avant la fin de l'année civile pour laquelle la dénonciation est effective.

Art. 65 Entrée en vigueur

1 Le présent accord entre en vigueur dès que deux cantons y ont adhéré. Son entrée en vigueur est communiquée à la Chancellerie fédérale par l'AiMp.

2 L'accord du 15 mars 2001 reste applicable aux cantons qui n'ont pas adhéré au présent accord.

Annexes Cantons

Annexe 1 : Valeurs seuils applicables aux marchés soumis aux accords internationaux

Annexe 2 : Valeurs seuils et procédures applicables aux marchés non soumis aux accords internationaux

Annexe 3 : Conventions fondamentales de l'Organisation Internationale du Travail (OIT)

Annexe 4: Conventions pertinentes pour la protection de l'environnement et des ressources naturelles

8 Annexe 1

Valeurs seuils applicables aux marchés soumis aux accord internationaux

a) Accord relatif aux marchés publics (OMC)

Adjudicateur	**Valeurs seuils en CHF** (Valeurs seuils en DTS)		
	Marchés de construction (valeur totale)	*Fournitures*	*Prestations de service*
Cantons	**8'700'000 CHF** (5'000'000 DTS)	**350'000 CHF** (200'000 DTS)	**350'000 CHF** (200'000 DTS)
Autorités et entreprises publiques dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications	**8'700'000 CHF** (5'000'000 DTS)	**700'000 CHF** (400'000 DTS)	**700'000 CHF** (400'000 DTS)

b) En vertu de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération, les adjudicateurs suivants sont également soumis aux dispositions des accords internationaux

Adjudicateur	**Valeurs seuils en CHF** (Valeurs seuils en Euro)		
	Marchés de construction (valeur totale)	Fournitures	Prestations de service
Communes / districts	**8'700'000 CHF** (6'000'000 Euro)	**350'000 CHF** (240'000 Euro)	**350'000 CHF** (240'000 Euro)
Entreprises privées disposant d'un droit spécial ou exclusif, dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et du transport	**8'700'000 CHF** (6'000'0000 Euro)	**700'000 CHF** (480'000 Euro)	**700'000 CHF** (480'000 Euro)

Entreprises publiques ou privées ayant des droits spéciaux ou exclusifs dans le secteur du transport ferroviaire et dans le secteur énergétique (approvisionnement en gaz et en chaleur)	**8'000'000 CHF** (5'000'000 Euro)	**640'000 CHF** (400'000 Euro)	**640'000 CHF** (400'000 Euro)
*Entreprises publiques ou privées ayant des droits spéciaux et exclusifs dans le secteur des télécommunications**	**8'000'000 CHF** (5'000'000 Euro)	**960'000 CHF** (600'000 Euro)	**960'000 CHF** (600'000 Euro)

* Ce secteur est exempté (ordonnance du DETEC sur l'exemption du droit des marchés publics, spécialement annexe – RS 172.056.111)

9 Annexe 2

Valeurs seuils et procédures applicables aux marchés non soumis aux accords internationaux

Champ d'application	**Fournitures (valeurs seuils en CHF)**	**Services (valeurs seuils en CHF)**	**Construction (valeurs seuils en CHF)**	
			Second œuvre	**Gros œuvre**
Procédure de gré à gré	en dessous de 150'000	en dessous de 150'000	en dessous de 150'000	en dessous de 300'000
Procédure sur invitation	en dessous de 250'000	en dessous de 250'000	en dessous de 250'000	en dessous de 500'000
Procédure ouverte / sélective	dès 250'000	dès 250'000	dès 250'000	dès 500'000

10 Annexe 3

Conventions fondamentales de l'Organisation Internationale du Travail (OIT)[88]

- Convention nº 29 du 28 juin 1930 concernant le travail forcé ou obligatoire (RS **0.822.713.9**) ;

- Convention nº 87 du 9 juillet 1948 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical (RS **0.822.719.7**) ;

- Convention nº 98 du 1er juillet 1949 concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective (RS **0.822.719.9**) ;

- Convention nº 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 égale (RS **0.822.720.0**) ;

- Convention nº 105 du 25 juin 1957 concernant l'abolition du travail forcé (RS **0.822.720.5**) ;

- Convention nº 111 du 25 juin 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession (RS **0.822.721.1**) ;

- Convention nº 138 du 26 juin 1973 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi (RS **0.822.723.8**) ;

- Convention nº 182 du 17 juin 1999 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination (RS **0.822.728.2**).

[88] Parallèlement aux conventions fondamentales selon la présente annexe, l'adjudicateur peut également exiger, en guise de normes internationales en matière de conditions de travail, le respect des principes d'autres conventions de l'Organisation Internationale du Travail (OIT), pour autant que la Suisse les ait ratifiées.

11 Annexe 4

Conventions pertinentes pour la protection de l'environnement et des ressources naturelles

- Convention de Vienne du 22 mars 1985 pour la protection de la couche d'ozone (RS **0.814.02**) et le protocole de Montréal relatif du 16 septembre 1987 à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone conclu dans le cadre de cette convention (RS **0.814.021**) ;

- Convention de Bâle du 22 mars 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (RS **0.814.05**) ;

- Convention de Stockholm du 22 mai 2001 sur les polluants organiques persistants (RS **0.814.03**) ;

- Convention de Rotterdam du 10 septembre 1998 sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet du commerce international (RS **0.916.21**) ;

- Convention du 5 juin 1992 sur la diversité biologique (RS **0.451.43**) ;

- Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques du 9 mai 1992 (RS **0.814.01**) ;

- Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (RS **0.453**) ;

- Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance du 13 novembre 1979 et les huit protocoles ratifiés par la Suisse dans le cadre de cette convention (RS **0.814.32**).