

Projet du 18.09.2014

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

Rapport explicatif

18 septembre 2014

Table des matières

Table des matières.....	2	
Vue d'ensemble.....	5	
A. Partie générale.....	6	
1. Grandes orientations du projet.....	6	
1.1 Situation initiale.....	6	
1.1.1 Révision de l'Accord OMC sur les marchés publics.....	6	
1.1.2 Bases du droit des marchés publics suisse.....	7	
1.1.3 Evolution.....	7	
1.1.4 Motifs de révision.....	8	
1.2 Nouvelle réglementation proposée.....	8	
1.2.1 Travaux préliminaires.....	8	
1.2.2 Objectif du projet.....	9	
1.2.3 Nouvelle structure.....	10	
2. Conséquences.....	10	
2.1 Conséquences financières et en termes de personnel pour les cantons.....	10	
2.2 Aspect macro-économique.....	10	
3. Aspects juridiques.....	11	
3.1 Compatibilité avec les engagements internationaux pris par la Suisse.....	11	
3.2 Mise en œuvre.....	11	
B. Partie spécifique.....	12	
Chapitre I	But et définitions.....	12
Art. 1	But.....	12
Art. 2	Définitions.....	12
Chapitre II	Champ d'application.....	12
1. Section:	Champ d'application subjectif.....	12
Art. 3	Principe.....	13
Art. 4	Adjudicateurs.....	13
Art. 5	Droit applicable.....	14
Art. 6	Soumissionnaires.....	15
Art. 7	Exemption des adjudicateurs opérant dans les secteurs.....	15
2. Section:	Domaine d'application objectif.....	16
Art. 8	Marché public.....	16
Art. 9	Types de marchés.....	17
Art. 10	Valeurs seuils.....	18
Art. 11	Exceptions.....	19
Chapitre III	Principes généraux.....	20
Art. 12	Principes régissant la procédure.....	20

Art. 13 Respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et des conditions de travail	21
Art. 14 Récusation.....	23
Art. 15 Préimplication.....	23
Art. 16 Détermination de la valeur du marché	24
Chapitre IV Procédures d'adjudication.....	25
Art. 17 Types de procédure	25
Art. 18 Procédure ouverte.....	25
Art. 19 Procédure sélective.....	25
Art. 20 Procédure sur invitation.....	26
Art. 21 Procédure de gré à gré.....	26
Art. 22 Concours d'études et concours portant sur les études et la réalisation	27
Art. 23 Enchères électroniques.....	28
Art. 24 Négociations.....	29
Art. 25 Annonce et procès-verbal	31
Art. 26 Dialogue	31
Art. 27 Contrats-cadres	33
Chapitre V Exigences de l'adjudication	35
Art. 28 Conditions de participation	35
Art. 29 Critères d'aptitude	35
Art. 30 Listes	36
Art. 31 Critères d'adjudication.....	37
Art. 32 Spécifications techniques.....	37
Art. 33 Consortiums et sous-traitants.....	38
Art. 34 Lots et prestations partielles.....	38
Art. 35 Variantes	39
Art. 36 Exigences de forme	39
Chapitre VI Déroulement de la procédure d'adjudication	40
Art. 37 Contenu de l'appel d'offres.....	40
Art. 38 Contenu des documents d'appel d'offres	40
Art. 39 Ouverture des offres.....	40
Art. 40 Examen et évaluation des offres.....	41
Art. 41 Adjudication	43
Art. 42 Conclusion du contrat.....	43
Art. 43 Interruption.....	44
Art. 44 Exclusion de la procédure et révocation de l'adjudication.....	44
Art. 45 Sanctions	45
Chapitre VII Délais et publications, statistiques	47
Art. 46 Délais	47

Art. 47 Réduction des délais pour les marchés soumis aux accords internationaux	47
Art. 48 Publications	48
Art. 49 Conservation des documents.....	49
Art. 50 Statistiques	49
Chapitre VIII	
Voies de droit.....	50
Art. 51 Notification des décisions.....	50
Art. 52 Recours	51
Art. 53 Objets du recours	51
Art. 54 Effet suspensif.....	53
Art. 55 Droit applicable	53
Art. 56 Délais et motifs de recours	53
Art. 57 Consultation du dossier	54
Art. 58 Décision sur recours.....	54
Art. 59 Révision.....	55
Chapitre IX.	
Autorités	55
Art. 60 Organes	55
Art. 61 Contrôles.....	56
Chapitre X	
Dispositions finales.....	56
Art. 62 Adhésion, dénonciation, modification et annulation	56
Art. 63 Droit transitoire.....	56
Art. 64 Entrée en vigueur	57

Vue d'ensemble

La base du droit des marchés publics suisse est l'Accord OMC sur les marchés publics (AMP). Au niveau fédéral, l'AMP est transposé dans la Loi fédérale sur les marchés publics (LMP) et son ordonnance (OMP), tandis que les cantons s'acquittent de leurs engagements résultant des accords internationaux via l'application d'un Accord Intercantonal sur les Marchés Publics. Suite à la révision de l'AMP, achevée en 2012, des adaptations du droit national sont nécessaires. Parallèlement, les règles fédérales et cantonales en matière de marchés publics doivent – dans la mesure du possible et lorsque cela est judicieux – être harmonisées.

Situation initiale

L'Accord OMC sur les marchés publics révisé a été adopté officiellement le 30 mars 2012 (AMP 2012). Il est entré en vigueur le 6 avril 2014, le quorum des Etats signataires ayant été atteint. Les aspects essentiels de la révision de l'Accord datant de 1994 (AMP 1994)¹, auquel la Suisse avait adhéré le 1^{er} janvier 1996, sont les suivants : simplification et modernisation des textes, adaptation aux progrès de la technique et champ d'application élargi. Tous les Etats signataires de l'Accord sont tenus de transposer dans le droit national les modifications apportées à l'AMP. La Suisse ne ratifiera l'AMP 2012 qu'une fois les adaptations de la législation nationale achevées, au niveau fédéral et cantonal.

La révision de l'AMP implique de procéder à des adaptations du droit cantonal et du droit fédéral. La Confédération et les cantons transposent en parallèle les normes internationales. La teneur des prescriptions concernant les marchés publics doit être harmonisée – dans la mesure du possible et lorsque cela est judicieux – à l'échelon fédéral et au niveau des cantons dans l'intérêt des destinataires de ces dispositions. Les procédures législatives de la Confédération et des cantons se déroulent séparément, mais se fondent sur les propositions de formulation d'un groupe de travail paritaire, composé de représentants de la Confédération et des cantons. Sous la direction d'un expert juriste externe, ce groupe de travail a analysé, au cours de l'année qui a suivi la conclusion des négociations sur l'AMP, plusieurs thèmes avant d'adopter la présente proposition commune.

Objectifs et contenu du projet

Le projet a pour but de transposer l'AMP 2012 à l'échelon fédéral et au niveau cantonal, tout en contribuant à harmoniser le droit des marchés publics en Suisse. A cette fin, il convient d'introduire de nouvelles définitions de termes et d'intégrer le plus possible les Directives d'exécution de l'accord intercantonal sur les marchés publics (DEMP) dans l'Accord intercantonal. Les modifications matérielles concernent essentiellement les nouveaux instruments et les acquisitions subséquentes, ainsi que les thèmes Négociations et Voies de droit. En ce qui concerne ces deux derniers thèmes, il convient d'attendre les résultats des délibérations menées dans le cadre des procédures législatives à l'échelon fédéral et cantonal, avant de prendre les décisions qui s'imposent.

Comme ce fut le cas jusqu'à présent, cet avant-projet d'accord fait la distinction entre les marchés soumis aux accords internationaux et ceux qui ne tombent pas dans le champ d'application des accords internationaux (marché intérieur).

¹ RS 0.632.231.422.

A. Partie générale

1. Grandes orientations du projet

1.1 Situation initiale

1.1.1 Révision de l'Accord OMC sur les marchés publics

L'Accord plurilatéral² de l'OMC sur les marchés publics du 15 avril 1994 (*Government Procurement Agreement*, ci-après AMP 1994)³ est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1996. Il est valable à la fois pour la Confédération et pour les cantons et fixe les principes suivants de libéralisation des marchés publics:

- promotion de la concurrence
- transparence
- non-discrimination
- utilisation parcimonieuse des deniers publics.

Cet Accord contient également des dispositions concernant la procédure d'adjudication et les valeurs seuils. Tandis que certaines prescriptions de l'AMP, comme celles définies à l'art. XII «Documentation relative à l'appel d'offres» détaillent le contenu d'un appel d'offres et sont directement utilisables (self-executing), d'autres constituent des principes à concrétiser, comme l'art. XX «Procédures de contestation» (non self-executing).

En s'appuyant sur l'art. XXIV:7 a et b AMP 1994, les Etats membres ont initié en 1997 des négociations en vue de la révision de l'AMP. Ces négociations, qui ont duré jusqu'en décembre 2011, ont été officiellement finalisées le 30 mars 2012. La simplification et la clarification du texte, ainsi que l'adaptation au progrès de la technique et au champ d'application élargi (à raison des personnes et à raison de la matière) ont joué un rôle essentiel lors de cette révision. L'AMP révisé couvre les enchères électroniques, aborde la lutte anti-corruption et les conflits d'intérêts, prend en compte les objectifs environnementaux comme critère d'offre et améliore les voies de droit grâce à une modification des possibilités de recours des soumissionnaires. Par ailleurs, il clarifie les règles d'admission de nouveaux Etats membres.

Selon les estimations de l'OMC, la révision de l'AMP débouche globalement sur l'accès à un marché élargi d'une valeur de 80 milliards USD. L'Accord révisé ouvre donc aux soumissionnaires suisses l'accès à un nouveau marché, notamment aux provinces canadiennes, à certaines zones métropolitaines japonaises, aux transports publics locaux en Israël et en Corée. A l'avenir, la Suisse soumettra les marchés des tribunaux fédéraux à l'Accord ; devant la volonté manifestée par d'autres Etats membres d'accéder au marché, la Suisse a accepté, sur la base du principe de réciprocité, un élargissement de l'obligation de lancer un appel d'offres pour certains marchés publics de services (dans le domaine de la communication satellitaire, p. ex.). Par ailleurs, la Suisse a levé les réserves émises à l'encontre des Etats membres de l'AMP en ce qui concerne l'accès au marché pour les Etats qui lui accordent l'égalité de traitement. Ainsi, des soumissionnaires canadiens peuvent participer à des appels d'offres internationaux lancés par les cantons, et ce, depuis que le Canada a accordé à la Suisse l'accès à des appels d'offres des provinces canadiennes. En outre, la Suisse et le Canada ouvrent réciproquement leurs marchés publics concernant des machines pour secteurs industriels spécialisés (comme la production et la distribution de gaz) ainsi que les produits et logiciels informatiques.

² Cet accord n'est pas contraignant pour tous les Etats membres de l'OMC, uniquement pour ceux qui y ont adhéré. C'est pourquoi la terminologie de l'OMC parle d'accord plurilatéral et non multilatéral.

³ RS 0.632.231.422.

Chaque Etat membre doit adapter sa propre législation à l'AMP révisé (art. XXII:4 AMP 2012). Après que deux-tiers des Etats membres de l'AMP 1994 ont déposé leurs instruments de ratification auprès de l'OMC à Genève, les modifications sont entrées en vigueur le 6 avril 2014 pour les parties ayant déjà ratifié l'Accord.

1.1.2 Bases du droit des marchés publics suisse

L'AMP est le fondement du droit des marchés publics suisse: les cantons ont transposé l'AMP de manière autonome dans *l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 15 mars 2001* et les dispositions d'exécution correspondantes.

*L'Accord bilatéral conclu le 21 juin 1999 avec l'Union européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (Accord bilatéral)*⁴, en vigueur depuis le 1^{er} juin 2002, a entraîné des révisions partielles de l'AIMP, mais aussi du droit fédéral. D'une part, l'Accord bilatéral a élargi le domaine d'application de l'AMP en Suisse au niveau des districts et des communes. D'autre part, les marchés relevant des secteurs transport sur rail, télécommunication, approvisionnement en gaz et en eau, ainsi que les achats effectués par des entreprises privées dans les secteurs de l'eau, de l'électricité et des transports sont tombés sous le coup de l'AMP. Avec la *Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association Européenne de Libre-Echange (AELE)*⁵, également ratifiée par la Suisse – dans sa version révisée du 21 juin 2001 – l'ouverture des marchés publics visée par l'Accord bilatéral entre la Suisse et l'UE a été étendue aux autres Etats de l'Association européenne de libre échange. A ce jour, la Suisse a par ailleurs signé un nombre important d'accords bilatéraux de libre-échange.

Est également pertinente en matière de marchés publics la *Loi sur le marché intérieur (LMI) du 6 octobre 1995*⁶. La LMI a élargi la notion d'égalité entre soumissionnaires étrangers et soumissionnaires suisses, instaurée par les accords internationaux, à l'interdiction de discrimination entre offreurs nationaux, locaux et externes pour les cantons. Il importe de tenir compte aussi de la *Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels; LCart)*⁷ en relation avec les cartels de soumission et autres accords entre soumissionnaires.

1.1.3 Evolution

Dans la mesure où le droit des marchés publics suisse est réglementé de manière fédéraliste, la Confédération et les cantons transposent les prescriptions internationales de manière autonome. Cela a donné lieu à des réglementations différentes en matière de marchés publics. Les problèmes qui en résultent pour les pouvoirs adjudicateurs et les soumissionnaires n'ont pas tardé à susciter des interventions parlementaires, notamment au niveau fédéral. A citer en particulier, la *Motion Jenny*⁸. Dans sa prise de position du 21 novembre 2001, le Conseil fédéral a pour la première fois reconnu la nécessité d'une réforme du droit des marchés publics. Le *Rapport de l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration sur les marchés publics en Suisse du 11 mars 2002*⁹ est lui aussi arrivé à la conclusion que

⁴ Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et l'Union européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics, Accord bilatéral; RS 0.172.052.68.

⁵ RS 0.632.31.

⁶ RS 943.02.

⁷ RS 251.

⁸ Motion Jenny du 3 octobre 2001 (01.3515), Abus et arbitraire dans l'adjudication de commandes publiques dans la construction.

⁹ Organe parlementaire de contrôle de l'administration: L'ouverture des marchés publics en Suisse sous l'angle juridique et économique, Berne 2002.

les normes régissant les marchés publics en Suisse ne correspondaient plus à la réalité économique et sociale et génèrent une incertitude juridique néfaste du point de vue économique. Au vu de ce constat, des objectifs ont été fixés pour la révision de la LMP, un dialogue avec les cantons a été recherché et les travaux législatifs ont commencé.

En mai 2008, le Conseil fédéral a finalement lancé une consultation sur un avant-projet de révision totale de la Loi fédérale sur les marchés publics. Après évaluation des prises de position reçues, il a constaté que la voie proposée ne servait pas l'objectif poursuivi – en raison notamment de la réticence manifestée par les cantons à l'encontre des tendances à la centralisation de la Confédération. Les travaux de révision ont alors été suspendus et la Confédération s'est limitée à une révision partielle de son *Ordonnance sur les marchés publics du 11 décembre 1995 (OMP)*¹⁰.

1.1.4 Motifs de révision

Les éléments déclencheurs de la proposition de révision de l'AIMP sont d'ordre international et national. Le 21 mars 2012, le Conseil fédéral a adopté l'AMP 2012, sous réserve de l'approbation du Parlement. Mais la Suisse ne peut déposer l'instrument de ratification auprès de l'OMC qu'après l'adaptation du droit fédéral et du droit cantonal dans le domaine des marchés publics.

Par ailleurs, entretemps s'est faite jour la volonté d'harmoniser les bases légales de la Confédération et des cantons dans le domaine des marchés publics, dans l'intérêt de l'économie suisse et lorsque cela est possible et judicieux.

Lors de la transposition de l'AMP 2012 dans le droit national, il convient donc d'harmoniser le plus possible la teneur des réglementations de la Confédération et des cantons en matière de marchés publics – en tenant compte des compétences fédérales. Les procédures législatives de la Confédération et des cantons se déroulent séparément, mais elles se fondent sur les propositions d'un groupe de travail paritaire.

1.2 Nouvelle réglementation proposée

1.2.1 Travaux préliminaires

Est compétente pour les cantons en matière d'adaptation de l'AIMP et des directives d'exécution correspondantes (recommandations; DEMP) la Conférence suisse des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP). C'est la Commission des achats de la Confédération (CAC) qui assure la direction de la révision de la *Loi fédérale sur les marchés publics (LMP) du 16 décembre 1994*¹¹ et de l'OMP. Le «*Concept pour la révision parallèle du droit des marchés publics de la Confédération et des cantons sur la base de la révision AMP 2012*»¹² (adopté conjointement par la DTAP et la CAC à l'été 2012) prévoit, en plus d'une mise en œuvre cohérente du contenu et de la forme de l'AMP révisé dans les cantons et au niveau de la Confédération, une harmonisation parallèle des réglementations de la Confédération et des cantons en matière de marchés publics, tenant compte des compétences fédérales – dans la mesure du possible et si cela est judicieux.

Conséquemment, un groupe de travail paritaire, appelé AURORA, a été chargé d'élaborer des propositions en vue de la révision des arrêtés fédéraux et cantonaux concernés. Etaient représentés dans ce

¹⁰ RS 172.056.11

¹¹ RS 172.056.1

¹² «Concept pour la révision parallèle du droit des marchés publics de la Confédération et des cantons sur la base de la révision AMP 2012», adopté par l'Assemblée de la DTAP le 8 juin 2012.

groupe de travail l'Office fédéral des constructions et de la logistique, l'Office fédéral des routes, armasuisse, La Poste, les CFF et la CAC, ainsi que les délégués cantonaux mandatés par la DTAP. Sur la base de l'AMP 2012, d'octobre 2012 à fin 2013 un groupe de travail, placé sous la direction d'un juriste spécialisé dans ce domaine, a élaboré des projets d'adaptation de la législation fédérale et de l'AIMP (y compris l'intégration des DEMP¹³ dans l'AIMP, afin d'éviter le plus possible la multiplication de dispositions d'exécution cantonales). Dans le cadre de hearings, divers groupes d'intérêts et des experts ont eu l'opportunité de faire part de leurs préoccupations. Début mars 2014, le groupe de travail a présenté une proposition de formulation révisée et un premier projet de rapport explicatif. Les travaux préliminaires du groupe de travail paritaire constituent le socle du projet intercantonal.

1.2.2 Objectif du projet

La révision proposée doit permettre de transposer dans les meilleurs délais l'AMP 2012 au niveau de la Confédération et des cantons.

L'AIMP a été restructuré, adapté dans sa formulation et complété par certaines définitions de termes. Les DEMP ont été en grande partie intégrées à l'AIMP, afin d'obtenir dans la mesure du possible une harmonisation supplémentaire au niveau intercantonal. Du point de vue droit matériel les modifications proposées pour l'AIMP concernent les questions d'assujettissement et de nouveaux instruments comme le dialogue, les contrats-cadres, les enchères électroniques et les acquisitions subséquentes. Après de longues discussions, une «proposition de compromis» a également été trouvée en ce qui concerne les thèmes Voies de droit pour des valeurs inférieures aux seuils définis par les accords internationaux et Négociations: les cantons, au titre de contribution supplémentaire à l'harmonisation, autoriseraient les négociations à certaines conditions, tandis que la Confédération, en contrepartie, admettrait des voies de droit à partir d'une valeur de marché de 150 000 francs. A noter que cette proposition n'aboutira que si les adaptations concernant les deux thèmes sont acceptées en bloc par la Confédération et les cantons. Au surplus, les efforts d'harmonisation parallèle étaient motivés par la volonté de conserver les règles éprouvées. Ainsi, plusieurs réglementations ayant fait leurs preuves pour les cantons ont été reprises dans le présent concept. Etant donné que les cantons sont par ailleurs tenus d'appliquer la Loi sur le marché intérieur, il n'a pas été possible d'éliminer toutes les différences existant entre la Confédération et les cantons en matière de bases légales. Certaines divergences subsistent, notamment en ce qui concerne le droit de réciprocité, les délais, les langues, les valeurs seuils, la procédure sur invitation, la formation des apprentis, le matériel militaire et la clause de minimis pour les marchés publics dans le domaine de la construction.

Les principes à respecter dans chaque procédure d'adjudication de marché sont concrétisés et le droit des marchés publics est recentré sur l'essentiel. Ce qui représente une condition préalable importante pour la modernisation et l'assouplissement du droit des marchés publics. La marge d'aménagement des procédures d'adjudication des marchés trouve toutefois sa limite lorsque les principes fondamentaux en la matière (égalité de traitement des soumissionnaires, transparence ou impartialité de la procédure, p. ex.) sont violés. On assiste donc à la mise en place d'un cadre plus souple, qui intègre de nouveaux développements, tout en protégeant contre une application arbitraire du droit des marchés publics.

Il s'agit pour les cantons de faire la distinction entre les marchés soumis aux accords internationaux et ceux qui sont régis par le droit national. Dans le champ d'application des accords internationaux,

¹³ Directives d'exécution de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 15 mars 2001 (projet modèle facultatif, voir ATF 129 I 313 consid. 8.2).

c'est le droit international qui prévaut. Une transposition ou interprétation «autonome» des dispositions des accords internationaux n'est pas possible. A noter que les règles du droit des marchés publics vont, de manière non négligeable, plus loin que les dispositions des accords internationaux. L'AIMP notamment prévoit dans le domaine hors champ d'application des accords internationaux pour les marchés de travaux à partir d'une valeur seuil de 250 000 francs (travaux de second œuvre) ou de 500 000 francs (secteur principal de la construction) une procédure ouverte ou sélective. Cette «ouverture» est encouragée par la Loi sur le marché intérieur, qui stipule que les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches cantonales et communales sont tenus de publier dans un organe officiel les projets de marchés publics de «grande importance» (cf. art. 5 al. 2 LMI). L'interdiction de discrimination visée par l'AMP a valeur de principe de la constitution économique suisse, y compris vis-à-vis de soumissionnaires étrangers. Dans le cadre des marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent donc, sans motif valable, pénaliser certains soumissionnaires suisses par rapport à d'autres soumissionnaires nationaux ou à des soumissionnaires étrangers. Le fait par exemple de donner la préférence à un soumissionnaire local plutôt qu'à un soumissionnaire externe ne serait pas compatible avec la liberté concurrentielle qui, faisant partie intégrante de la liberté économique, a valeur constitutionnelle. La LMI avait pour objectif de concrétiser ce principe constitutionnel. Entretemps, il en résulte des doublons indésirables avec le droit des marchés publics des cantons, qui va plus loin que les dispositions ouvertes de la LMI. Dans l'intérêt d'une application uniforme du droit, les prescriptions concernant le fond et les procédures doivent être canalisées dans l'AIMP. La LMI ne sera donc plus applicable pour les marchés publics soumis à l'AIMP. En ce qui concerne les voies de droit, l'art. [54] al. 3 contient une prescription spécifique au droit de recours, qui sera reflétée dans la LMI en matière de voies de droit pour la Confédération.

1.2.3 Nouvelle structure

En cohérence avec l'AMP 2012 et la volonté d'harmoniser / de faciliter le plus possible son application, l'AIMP a été restructuré et reformulé en partie. Le fait qu'il soit plus long que la version actuellement en vigueur s'explique par l'intégration dans le nouvel AIMP de la majeure partie des DEMP, qui n'avaient jusqu'à présent que valeur de recommandations.

2. Conséquences

2.1 Conséquences financières et en termes de personnel pour les cantons

Il n'est pas possible de chiffrer avec précision l'impact financier. Il est probable que la révision n'aura pas de répercussions directes sur les besoins en personnel, étant donné qu'elle n'implique pour les cantons ni tâches supplémentaires ni mise en place d'organes de contrôle. Toutefois, l'expérience a montré qu'il faut s'attendre à des besoins accrus en conseil pour tous les services concernés après l'entrée en vigueur de l'AIMP révisé, durant la phase initiale.

2.2 Aspect macro-économique

Le droit des marchés publics réglemente un secteur important de l'économie suisse. Des estimations de 2004 ont montré que les communes, les cantons et la Confédération ont dépensé au total quelque 34 milliards de francs pour les marchés publics (marchés de construction, marchés de fournitures et marchés de services), ce qui représente environ 24% des dépenses de l'Etat et 8% du produit intérieur brut. On estime qu'à l'heure actuelle, le volume global des marchés publics en Suisse avoisine les 40 milliards de francs – dont quelque 80% sont attribués aux cantons et communes. Ces chiffres

montrent que l'organisation du droit des marchés publics constitue un facteur important, pour les cantons et les communes, mais aussi pour la place économique suisse.

3. Aspects juridiques

3.1 Compatibilité avec les engagements internationaux pris par la Suisse

L'AIMP sert la transposition dans le droit national des obligations de la Suisse résultant de l'AMP, de l'Accord bilatéral passé avec l'UE et de la Convention AELE. Tous ces accords internationaux visent à uniformiser la réglementation des marchés publics au plan international. Ils fixent des principes (tels que la non-discrimination, la transparence, une utilisation parcimonieuse des deniers publics), le déroulement et les définitions des procédures d'adjudication de marchés publics. La présente révision a pour objectif premier la transposition dans le droit national des exigences posées au niveau international par l'AMP 2012. La marge de manœuvre restante pour un droit national autonome résulte, au cas par cas, des commentaires sur les dispositions du nouvel AIMP.

3.2 Mise en œuvre

Après adoption du nouvel AIMP par les membres de la DTAP, les cantons sont tenus d'initialiser la procédure d'adhésion conformément à leur droit cantonal, qui détermine les autorités compétentes en matière d'adhésion et d'exécution et définit les règles pour la procédure de ratification.

L'art. 48, al. 3 Cst stipule que les contrats passés entre les cantons et la Confédération doivent être communiqués. Cela vaut également pour le présent Accord intercantonal. La date d'entrée en vigueur de l'Accord sera déterminée par les cantons l'ayant ratifié.¹⁴ Elle peut avoir lieu avant l'information de la Confédération, puisque la prise de connaissance n'a qu'un effet déclaratif.

¹⁴ PETER HÄNNI, Verträge zwischen den Kantonen und zwischen dem Bund und den Kantonen, dans: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, N 29.

B. Partie spécifique

Chapitre I But et définitions

Art. 1 But

Cet article consacré au but dresse une liste systématique des principes à respecter lors de l'adjudication de marchés publics: économicité, égalité de traitement et non-discrimination entre les soumissionnaires, promotion d'une concurrence efficace entre soumissionnaires et durabilité.

L'ordre de l'énumération ne signifie pas que le premier principe revêt une importance prioritaire par rapport aux suivants. Tous les principes méritent la même attention. Il convient de résoudre les conflits d'intérêts par une pesée de tous les intérêts.

Ces objectifs sont atteints grâce à l'application d'autres dispositions du projet (exigences en ce qui concerne l'appel d'offres, publication ou voies de droit, p. ex.). Ils sont directement applicables. En d'autres termes : dans une procédure de recours, un soumissionnaire peut faire valoir la violation des principes énoncés à l'art. 1.

Art. 2 Définitions

A l'instar des définitions énoncées dans l'AMP 2012, le présent projet vise une certaine concision quant aux principales définitions en relation avec les marchés publics. Ces définitions ont été en grande partie reprises de l'art. 1 AMP 2012, et précisées, lorsque nécessaire. Le présent document a renoncé à définir le système d'adjudication des marchés (cf. art. II AMP 2012). Le champ d'application objectif de l'Accord intercantonal est traité aux art. 8 et suivants.

Chapitre II Champ d'application

1. Section: Champ d'application subjectif

Le champ d'application subjectif de l'Accord intercantonal se mesure à l'aune des obligations résultant des accords internationaux. Au premier plan: les annexes 1 – 7 de l'Appendice I (Suisse) de l'AMP 2012, ainsi que les art. 2 et 3 de l'Accord bilatéral. Ces deux conventions font la distinction entre l'assujettissement d'unités administratives centrales et subcentrales, d'une part, et celui d'adjudicateurs «opérant dans les secteurs», d'autre part.

L'Accord bilatéral avait élargi le champ d'application subjectif de l'AMP 1994 dans deux directions: d'une part, assujettissement des unités administratives à l'échelle des districts et communes, d'autre part, accès au marché élargi aux adjudicateurs des secteurs transport sur rail, approvisionnement en gaz et production de chaleur à distance, promotion des combustibles fossiles et aux entreprises privées sectorielles. Les interactions AMP / Accord bilatéral en matière d'assujettissement sectoriel sont complexes et manquent de transparence sur certains points.

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» (art. 5 al. 2 LMI). En outre, l'art. 9 al. 2 LMI prévoit expressément des voies de droit pour des marchés publics non soumis aux traités internationaux.

Art. 3 Principe

Le champ d'application de l'Accord intercantonal s'étend au-delà des obligations résultant de l'AMP et de l'Accord bilatéral. Certains marchés non soumis aux accords internationaux sont également couverts par l'Accord intercantonal (cf. art. 10). Toute une série de particularités sont valables pour ces derniers. Il existe notamment un type de procédure supplémentaire (la procédure sur invitation; art. 20). Les exigences en ce qui concerne les langues et les délais sont plus souples. Les soumissionnaires étrangers ne sont admis à participer aux procédures d'adjudication ne tombant pas sous le coup des accords internationaux que si l'Etat où ils ont leur siège accorde la réciprocité (art. 6 al. 2).

L'intégration de nouveaux marchés dans le régime national d'adjudication des marchés publics est dictée par le droit constitutionnel. La liberté économique et l'obligation de neutralité concurrentielle notamment (art. 94 al. 1 et 4 Cst) exigent une procédure transparente et exempte de toute discrimination lors de l'adjudication de marchés publics. Dans le droit en vigueur, les marchés non soumis aux accords internationaux font d'ores et déjà l'objet d'une abondante réglementation en matière d'adjudication. Ce principe est maintenu.

Art. 4 Adjudicateurs

L'assujettissement subjectif est fonction de la définition juridique de l'«adjudicateur».

Alinéa 1

L'assujettissement général visé aux annexes 1 et 2 de l'Appendice I (Suisse) de l'AMP 2012 n'est pas le même pour la Confédération et pour les cantons. De ce fait, une double approche a été retenue pour la première partie de la définition. Alors que les autorités fédérales assujetties sont déterminées sur la base d'une liste¹⁵, l'assujettissement des autorités au niveau du canton, du district et de la commune a lieu de manière générale et abstraite. En ce qui concerne les unités décentralisées, la notion d'«organisme de droit public» revêt une importance primordiale. Conformément à la définition juridique donnée à l'appendice I annexe 3 (Suisse) 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.

La définition des «marchandises ou services commerciaux» (cf. art. 2 let. h) correspond à celle de l'art. I let. a AMP 2012 et laisse une marge de manoeuvre pour une évaluation au coup par coup. En règle générale, les marchandises ou services commerciaux impliquent l'obtention d'un revenu (provenant d'une activité lucrative) / génèrent un chiffre d'affaires.

Alinéa 2

Puisque l'assujettissement sectoriel visé dans l'AMP et l'Accord bilatéral est organisé de manière uniforme, le texte de la deuxième partie de la définition juridique est valable à la fois pour la Confédération et pour les cantons. Alors que le trafic public aérien et fluvial per se n'est pas assujetti, l'Accord intercantonal est applicable aux «terminaux de transport». Il s'agit des ports, aéroports,

¹⁵ Annexe OLOGA, RS 172.010.1.

plate-formes de transbordement, terminaux et installations similaires, servant d'interface à la fin des liaisons de transport.

L'assujettissement sectoriel entre en ligne de compte lorsqu'il ne règne aucune concurrence dans un domaine donné. Alors que l'AMP 2012 utilise l'expression «pleine concurrence» et que l'Accord bilatéral soulève la question de savoir si d'autres entreprises ont la possibilité «d'offrir les mêmes services dans la même aire géographique à des conditions substantiellement identiques», dans le présent document, afin de préserver la cohérence avec le vocabulaire du droit des cartels, il est question de «concurrence efficace». Pour déterminer si la concurrence est efficace ou pas, il convient de se fonder sur les critères indicatifs qui seront définis par le Comité des marchés publics de l'OMC, en application de l'art. XIX:8 let. b AMP 2012.

Alinéa 3

La troisième partie de la définition juridique ne concerne que les cantons, puisque ces derniers ont dû étendre les disciplines de l'OMC à de nouveaux adjudicateurs et services suite à leur adhésion à la LMI (domaine hors traités internationaux). Cette partie s'appuie sur l'ancien art. 8 al. 2 AIMP.

Alinéa 4

Cette disposition sert à clarifier les choses. 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

Alinéas 1 et 2

Le droit en vigueur actuellement édicte déjà à l'art. 8 al. 3 et 4 AIMP des règles de conflit de lois pour des achats conjoints effectués par des adjudicateurs du même échelon ou d'échelons différents. Dans le présent document, ces règles sont complétées et ordonnées de manière systématique. Le principe qui prévaut est le suivant : en règle générale, le droit applicable est celui du lieu du siège de l'adjudicateur principal (majeure partie du financement ou activité principale). Si la Confédération et les cantons participent conjointement à un marché et que la part cantonale totale dépasse celle de la Confédération, l'alinéa 2 ne laisse aucun doute sur le fait que c'est l'AIMP qui est applicable.

Alinéas 3, 4 et 6

Les alinéas 3 et 4 ouvrent aux adjudicateurs la possibilité de choisir le droit applicable servant au mieux l'utilisation des ressources. Exemples d'entreprises habilitées à faire ce choix conformément à l'art. 6 : l'Aéroport de Zurich, la Société du chemin de fer des Alpes bernoises Berne-Loetschberg-Simplon BLS ou encore la Centrale nucléaire de Leibstadt. Pour des raisons liées à la sécurité du droit, le choix du droit applicable ne devrait pas varier d'un cas à l'autre, mais être maintenu sur une certaine période.

Alinéa 7

Plusieurs arrêtés sectoriels de la Confédération contiennent des prescriptions spécifiques en ce qui concerne le droit des marchés publics applicable : art. 8 LDIF¹⁶, art. 38 et suivants ORN¹⁷, art. 15 al. 2 OAS¹⁸, art. 3a et art. 5 al. 1 LApEl¹⁹, art. 60 al. 3^{bis} et art. 62 al. 2^{bis} LFH.²⁰ Ces règles spécifiques de conflit de lois prévalent sur les prescriptions générales de l'art. 5.

¹⁶ RS 742.140.2; Loi fédérale sur le développement de l'infrastructure ferroviaire du 20 mars 2009.

¹⁷ RS 725.111; Ordonnance du 7 novembre 2007 sur les routes nationales

¹⁸ RS 913.1; Ordonnance du 7 décembre 1998 sur les améliorations structurelles

¹⁹ RS 734.7; Loi du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité.

Art. 6 Soumissionnaires

Alinéas 1, 2 et 3

Dans le cadre des obligations résultant du droit international – notamment l’ouverture du marché dictée par l’AMP 2012 et l’Accord bilatéral – les mêmes droits sont accordés aux soumissionnaires étrangers en termes d’accès au marché. L’art. 6 contient une réserve concernant la clause de réciprocité, conformément à la prescription formulée à l’art. 9 AIMP. L’accès au marché n’est valable que dans la mesure où des engagements réciproques ont été pris.

Le droit de réciprocité implique un accès comparable et effectif des soumissionnaires suisses aux marchés publics étrangers. Afin de s’y retrouver plus facilement, la Confédération (SECO) a été chargée de tenir à jour une liste indicative des Etats accordant le droit de réciprocité, liste que les adjudicateurs peuvent consulter.

Alinéa 4

Les cantons (pas la Confédération) peuvent passer des accords analogues avec des régions frontalières ou des États voisins en ce qui concerne les marchés publics non soumis aux traités internationaux. Cette possibilité est prévue par le droit actuel (art. 2 let. b AIMP).

Art. 7 Exemption des adjudicateurs opérant dans les secteurs

Alinéa 1

La clause d’exemption en cas de concurrence efficace entre adjudicateurs est déjà reconnue par le droit actuel.²¹ Jusqu’à présent, seuls les adjudicateurs visés à l’art. 4 al. 2 let. c^{bis} AIMP (adjudicateurs assujettis en vertu de l’Accord bilatéral) pouvaient avoir recours à cette procédure. Eu égard à la note 2 relative à l’annexe 3 Appendice I (Suisse) de l’AMP 2012, cette exemption est désormais étendue à tous les adjudicateurs opérant dans les secteurs / à leurs activités, dans la mesure où ils/elles sont exposé-e-s à une concurrence efficace. L’Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) dispose de droits de proposition et de consultation.

Alinéa 2

Ce qu’il faut entendre par «concurrence efficace» repose sur la pratique de la Commission de la concurrence (COMCO). Dans le cadre de l’exemption, le Conseil fédéral est donc tenu de consulter la COMCO. A cet égard, il y a lieu de prendre en considération les critères indicatifs, qui sont en cours d’élaboration par le Comité des marchés publics de l’OMC conformément à l’art. XIX:8 let. b AMP 2012.

Les exigences en matière d’exemption à respecter par les pouvoirs publics et les entreprises opérant dans les secteurs sont celles visées à l’Annexe 3 Appendice I AMP 2012, et par les adjudicateurs celles formulées à l’art. 3 de l’Accord bilatéral. Si, à la demande d’un adjudicateur, un domaine d’activité est exempté de l’assujettissement, cette libération doit être valable également pour les autres adjudicateurs opérant dans ce même domaine, même si ces derniers ne prennent pas part à la procédure (effet *erga omnes*).

L’exemption de l’assujettissement n’entre en vigueur qu’à l’achèvement de la procédure, conformément à l’art. XIX AMP 2012. Elle prévoit une notification aux partenaires contractuels, suivie d’une procédure d’opposition et de consultation. S’il n’est pas possible de régler les différends d’un

²⁰ RS 721.80; Loi fédérale du 22 décembre 1916 sur l’utilisation des forces hydrauliques.

²¹ Ordonnance du DETEC sur l’exemption du droit des marchés publics du 18 juillet 2002, RS 172.056.111.

commun accord, chaque partie au contrat peut saisir un tribunal arbitral spécifique (cf. art. XIX al 3 et 7).

2. Section: Domaine d'application objectif

La notion de «marché public» définit le domaine d'application subjectif du droit des marchés publics. Alors que l'AMP 1994 n'explicitait pas la notion mais en faisait une condition préalable, l'AMP 2012 révisé fait une tentative de définition à l'art. II:2. Ainsi, les marchés publics couverts par l'Accord sont les suivants : (i) des marchandises, des services, ou une combinaison des deux; (ii) qui ne sont pas acquis pour être vendus ou revendus; (iii) par tout moyen contractuel (c'est-à-dire hors nationalisation ou expropriation); (iv) qui ne sont pas autrement exclus du champ d'application dans les annexes de l'Appendice I concernant une Partie;(v) dont la valeur est égale ou supérieure à la valeur de seuil spécifiée dans les annexes de l'Appendice I.

Jusqu'à présent, le droit interne de la Confédération et des cantons avait renoncé à définir un marché public. La jurisprudence a formulé, au cas par cas, quelques critères pour un assujettissement objectif. Cela a entraîné une insécurité du droit que le présent projet entend éliminer.

A l'art. 2 al. 7 de la Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics du 20 décembre 2011, on trouve la définition suivante: «*Aux fins de la présente directive, on entend par «marchés publics»: des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services au sens de la présente directive.*»

Cette définition aborde à la fois les différents types de marchés et la question fondamentale de savoir quand il y a marché public. Afin de procéder de manière systématique, il importe de séparer ces deux thèmes.

Art. 8 Marché public

Alinéa 1

Un marché public est un contrat conclu par les pouvoirs publics à titre onéreux afin d'acquérir le matériel ou les services dont ils ont besoin pour accomplir les tâches qui leur incombent. La prestation de service achetée doit permettre à l'adjudicateur public de s'acquitter de la tâche qui lui a été attribuée.

Le premier élément à relever est le fait de s'acquitter d'une tâche publique – autrement dit, une tâche attribuée à l'Etat en vertu d'un acte juridique : tâches policières, services publics d'intérêt général ou encore protection de l'environnement. En revanche, des services servant des intérêts exclusivement privés, ne tombent pas sous le coup du droit des marchés publics.²²

Seuls les contrats passés à titre onéreux sont soumis à la loi. Cela implique deux choses: d'une part, il n'est pas nécessaire que la contre-prestation ait lieu régulièrement en numéraire. Les avantages en nature (comme la possibilité de jouir d'un droit exclusif) sont également couverts par la définition. D'autre part, la contre-prestation (en nature) ne doit pas forcément être fournie par l'adjudicateur. Toute rémunération reçue d'un tiers en connexion directe avec le marché public satisfait à l'exigence de rémunération.

Il importe qu'il y ait toujours une relation d'échange (Synallagma), dans laquelle s'inscrit l'achat d'une prestation par le pouvoir adjudicateur. Les contrats unilatéraux, comme les donations, ou

²² A titre d'exemple: TF, Arrêt 2C_198/2012 (16.10.2012).

les contrats bilatéraux imparfaits, tels que les prêts à usage, ne constituent pas des marchés publics.

En définitive, on ne peut parler de marché public que lorsque l'adjudicateur achète la prestation caractéristique, pas lorsqu'il la met à disposition. Est toujours caractéristique la prestation rémunérée (en numéraire ou en nature). Toutefois, il n'est pas exigé que le pouvoir adjudicateur utilise lui-même la prestation caractéristique ainsi acquise. L'utilisation par des tiers (bénéficiaires d'une tâche publique) ne change rien à la qualification de marché public.

Alinéa 2

La question de savoir si l'octroi d'une concession doit être assujéti au droit des marchés publics ou non est complexe et sujette à controverse. Certes, l'art. 2 al. 7 LMI prévoit pour les cantons et les communes un «appel d'offres» qui doit se dérouler sans discrimination. Mais le manque de clarté du champ d'application et l'absence de règles opérationnelles en ce qui concerne la procédure ont fait que cette disposition est restée à ce jour sans grande importance. Elle sera donc abrogée et remplacée par une norme mieux délimitée en vue de l'assujettissement pleinement objectif des concessions au droit des marchés publics. Ce faisant, la Suisse se met au diapason du droit de l'Union européenne, qui assujettit aux règles des marchés publics également les concessions de travaux et services selon la nouvelle directive 2014/23/EU. Etant donné que les notions et l'instrument des concessions de travaux et services ne sont pas connus en Suisse, il a fallu choisir une autre formulation.

Les concessions sont très diversifiées. «La» concession n'existe pas. L'assujettissement est réalisé dès lors qu'il y a tâche publique. Et ce, qu'il s'agisse de confier des monopoles légaux ou simplement des tâches (financement par indemnité ou d'une autre façon) incombant à l'Etat. Il ne s'agit pas d'intérêts publics diffus ou incidents, mais de secteurs dans lesquels l'Etat assume une responsabilité exécutive. Citons à titre d'exemple les domaines suivants : la police, la protection de l'ordre public et de la sécurité ou encore la politique de santé ou sociale. Si, de par la loi, l'Etat est tenu de faciliter la réinsertion professionnelle des chômeurs (par des mesures relatives au marché du travail) et qu'il confie cette tâche à des tiers, tout en la finançant en prélevant sur les fonds de l'assurance chômage, alors la délégation de cette tâche doit faire l'objet d'un appel d'offres public, selon les règles de l'AIMP. Ceci fait jouer la concurrence entre les soumissionnaires susceptibles de fournir de telles prestations et garantit une utilisation parcimonieuse des fonds de l'assurance chômage.

Les concessions sans rapport avec des tâches publiques (concessions d'usage privatif, p. ex.) ne sont pas couvertes. De même, en ce qui concerne les concessions de monopoles ou de services publics, le droit des marchés publics, qui met l'accent sur la concurrence et l'efficacité, n'offre pas dans tous les cas un cadre idéal pour l'attribution d'une concession. Les dispositions spéciales prévalent et sont donc réservées (cf. p. ex. les art. 3a et 5 al. 1 LApEl, les art. 60 al. 3^{bis} et 62 al. 2^{bis} LFH).

Art. 9 Types de marchés

Alinéa 1

Les marchés publics évoqués dans le présent projet sont les marchés de construction, les marchés de fournitures et les marchés de services (ainsi que les marchés mixtes). Cette classification avait déjà été retenue dans l'actuel AIMP (art. 6) et dans les directives d'exécution du 15 mars 2001 (§ 3 et 4 DEMP).

Pour ce qui est des procédures applicables, jusqu'à présent, le droit cantonal faisait une distinction entre le gros œuvre (secteur principal de la construction) et le second-œuvre. Pour ce dernier, les valeurs-seuils sont inférieures. Conformément au § 3 al. 1 DEMP, par «gros œuvre» on entend les travaux nécessaires à la structure porteuse d'une construction. Tous les autres travaux relèvent du «second œuvre». Etant donné que cette délimitation n'est pas très précise, certains adjudicateurs s'orientent d'après le champ d'application entrepreneurial de la Convention nationale du secteur principal de la construction en Suisse (CN) (cf. notamment Annexe CN). Bien sûr, cette délimitation ne saurait avoir un caractère contraignant, puisque le droit collectif du travail et le droit des marchés publics poursuivent des objectifs différents en termes de réglementation. Eu égard à la promotion de la concurrence inhérente au droit des marchés publics, en cas de doute, il y a lieu de suivre la définition des DEMP au sens strict et de prendre en compte les valeurs seuils les plus basses applicables au second œuvre.

Alinéa 2

Par prestations mixtes, il faut entendre des marchés publics se composant de prestations partielles relevant de différents types de marché. Les prestations mixtes sont importantes pour la détermination des valeurs-seuils (cf. art. 10). Conformément au «critère de la prestation prépondérante» utilisé par la jurisprudence, dans le cas d'une prestation mixte la nature du marché global sera déterminée par la prestation partielle principale en termes de financement.²³

A l'instar de l'interdiction de fractionnement visée à l'art. 16 al. 2, le principe de l'interdiction de regroupement de prestations mixtes est ici établi. Il est par exemple interdit, sous couvert de cas faisant l'objet d'une exception dans le droit des marchés publics en vertu de l'art. 11, d'acquérir d'autres services ou marchandises – assujettis – et de contourner ainsi la loi. Une intention illicite de la part du pouvoir adjudicateur n'est pas nécessaire pour qu'il y ait contournement de la loi.

Art. 10 Valeurs seuils

Alinéa 1

Les valeurs-seuils pour les marchés passés conformément aux dispositions des accords internationaux sont définies aux Annexes 1 et 2 Appendice I Suisse de l'AMP 2012 et à l'art. 3 al. 4 de l'Accord bilatéral.

Les Etats signataires sont libres de prévoir des valeurs-seuils inférieures, mais ils ne peuvent fixer des valeurs-seuils plus élevées que celles visées par les dispositions du droit international.

L'Accord intercantonal (avec les restrictions formulées dans plusieurs dispositions) est applicable également aux marchés inférieurs aux seuils – des procédures supplémentaires (sur invitation, art. 20; de gré à gré, art. 21 al. 1) étant alors envisageables.

Alinéa 2

Etant donné que les valeurs seuils de l'AMP sont exprimées en droits de tirage spéciaux (DTS) et celles de l'Accord bilatéral en euros, les valeurs en francs suisses doivent périodiquement faire l'objet d'une adaptation. C'est la raison pour laquelle les valeurs seuils n'apparaissent pas dans le texte de l'AIMP, mais dans une ordonnance spécifique en ce qui concerne la Confédération²⁴, et à l'annexe 2 de l'Accord intercantonal, pour les cantons. Tous les deux ans, le Conseil fédéral adapte

²³ Cf. TAF B_5084/2007 (28.10.2008), arrêt 1.2; TF B_1773/2008 (25.09.2008), consid. 4.3; BGer B_1470/2010 (29.09.2010), consid. 1.3.

²⁴ RS 172.056.12; Ordonnance du DFF sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics

les valeurs seuils aux nouveaux taux de change – il convient de consulter en priorité les cantons (AiMp).

Alinéa 3

Cette disposition correspond au droit actuel (cf. art. 7 al. 2 AIMP). En ce qui concerne les marchés soumis aux accords internationaux, pour la réalisation d'un ouvrage de construction, c'est la valeur totale de tous les travaux (bâtiment et génie civil) qui est déterminante. Par contre, c'est la valeur spécifique de chaque marché qui est déterminante pour les marchés de fournitures et de services soumis aux accords internationaux, et pour tous les types de marchés non soumis aux accords internationaux. La règle spécifique s'appliquant aux marchés de construction soumis aux accords internationaux – la «clause de minimis» – qui facilite l'adjudication de marchés de construction, stipule que le seuil de 2 millions de francs par marché ne doit pas être atteint et que le montant cumulé des marchés pris en compte pour appliquer la clause de minimis est plafonné à 20% de la valeur totale de l'ouvrage. Cela ne signifie pas que les cantons peuvent attribuer les marchés correspondants en utilisant la procédure de gré à gré p. ex. L'art. 5 al. 2 LMI s'y oppose. Dans ce cas – contrairement à la Confédération – les cantons doivent traiter les marchés considérés séparément pour faire l'objet de la clause de minimis à l'aune des seuils du marché intérieur suisse (voir à ce propos les valeurs seuils selon l'annexe 2).

Art. 11 Exceptions

L'art. 11 prévoit toute une série de prestations pour lesquelles le présent accord n'est pas applicable. Il s'agit là d'une liste non exhaustive. Toutes ces exceptions figurent déjà parmi les marchés soumis aux accords internationaux ou résultent d'une réserve formulée par la Suisse en relation avec son adhésion au traité international.

La liste ci-dessous s'appuie sur le catalogue d'exceptions énoncées à l'art. II:3 AMP 2012 ; toutefois, dans la mesure du possible, les formulations de l'art. 10 AIMP ont été conservées:

Alinéa 1

Let. a à f:

Cette liste transpose dans le droit national les exceptions visées à l'art. II:2 AMP 2012 et à l'énumération faite à l'art. II:3 AMP 2012.

Alinéa 2

Cette formulation correspond au droit actuel (cf. art. 10 al. 2 AIMP).

Alinéa 3

Cette disposition aborde quatre cas de marchés non assujettis: monopoles, Instate, Inhouse et Quasi-Inhouse. Ces exceptions au champ d'application (se traduisant par la non application du droit des marchés publics dans son ensemble) doivent être interprétées et appliquées à la lumière des «Notes relatives à l'Annexe 4 Appendice I Suisse AMP 1994» – entreprises opérant dans les secteurs – et conformément à l'annexe VIII de l'Accord bilatéral.

Let. a: en vertu du chiffre l B.2 de l'Annexe 7 Appendice I (Suisse) de l'AMP 2012, figurent parmi ces exceptions les marchandises ou services ne pouvant être fournis que par un fournisseur particulier au bénéfice d'un droit exclusif. Citons comme exemple la fourniture d'eau potable. Dans de tels cas, sur la base de l'application de l'art. XIII:1 let. b AMP 2012, il devrait être autorisé de recourir régulièrement à la procédure de gré à gré.

Let. b: l'exception «Instate» signifie qu'un marché passé entre adjudicateurs (assujettis) ne doit pas faire l'objet d'un appel d'offres public. Nous ne sommes pas loin du postulat de «l'appel d'offres unique». Cette exception est déjà mentionnée au chiffre I B.1 de l'Annexe 7 Appendice I (Suisse) de l'AMP 2012. Sur ce point, le droit de l'UE est plus sévère.²⁵

Let. c: il y a marché Inhouse lorsque la prestation est fournie par les propres ressources de l'adjudicateur. L'exception de tels marchés va donc de soi.

Let. d: jusqu'à présent il était plus difficile d'évaluer les prestations fournies par des soumissionnaires sous-traitants sous influence publique. Citons comme exemples deux fournisseurs informatiques placés sous contrôle cantonal, Abraxas SA et Bedag SA. Pour de telles constellations, la doctrine a recommandé de reprendre les critères développés par la CJCE. Le point de départ de cette jurisprudence est l'«arrêt Teckal».²⁶ La formulation de la let. d codifie les principales motivations de cette pratique. On assiste toutefois à une codification autonome, conforme à l'AMP, et pas nécessairement dynamique de la pratique Teckal.

En ce qui concerne les exigences en matière de contrôle, la pratique s'orientera d'après la liste de critères indicatifs qui sera adoptée par le Comité de l'OIT en application de l'art. XIX:8 let. b GATT 2012. Conformément à la Note 2 relative à l'Annexe 4 AMP 1994, un soumissionnaire travaille essentiellement pour un adjudicateur lorsqu'il fournit 80% ou plus des prestations sur un marché donné pour cet adjudicateur.

Chapitre III Principes généraux

Art. 12 Principes régissant la procédure

A l'art. IV l'AMP 2012 introduit un paragraphe exposant les principes à respecter lors de l'adjudication de marchés publics. En font partie la non-discrimination / le traitement national, l'engagement en faveur d'une procédure transparente et impartiale, la lutte anti-corruption et la renonciation à des opérations de compensation. Les directives européennes en matière de passation des marchés font état de principes similaires. Certaines dispositions des prescriptions des accords internationaux sont reprises dans le droit national, entre autres aux art. 1 et 11 AIMP. Le projet de révision est l'occasion de synthétiser ces principes en une seule disposition.

Tous les principes énoncés en matière de procédure ont eux aussi la même valeur. L'énumération ne reflète pas un ordre de priorités. Il importe de prendre en compte tous les principes.

Let.a: Il convient de faire la distinction entre les principes généraux et les principes procéduraux (eux aussi justiciables). Tandis que les buts énoncés à l'art. 1 ont une portée matérielle et finale, l'art. 12 traite des exigences à respecter lors de l'adjudication de marchés. Ces principes servent la réalisation des objectifs généraux.

let. b: non seulement les pratiques de corruption sont en contradiction avec les principes fondamentaux du droit des marchés publics, mais elles entraînent aussi des coûts substantiels pour l'économie. Selon un communiqué de la Commission européenne du 6 juin 2011, rien que dans les pays de l'UE ces coûts annuels seraient estimés à quelque 120 milliards d'euros.

²⁵ Cf. CJCE, Rs. C_159/11.

²⁶ TF, arrêt C_107/98 (18.11.1999).

La prévention de la corruption et des conflits d'intérêts est l'une des principales préoccupations présidant à la révision de l'AMP. Ce thème est abordé d'emblée dans le préambule de l'AMP 2012 et fait l'objet d'une réglementation circonstanciée à l'art. IV :4 (Principes généraux). Dans le droit européen, des efforts parallèles sont déployés pour renforcer la lutte anti-corruption. Une nouvelle directive doit améliorer de manière explicite les mesures de sécurité visant la prévention de tels risques et garantir une protection accrue.

La Convention des Nations unies contre la corruption du 31 octobre 2003 est à la base de ces efforts. Le Chapitre II «Mesures préventives» énumère toute une série de prescriptions et de propositions, comme l'introduction de concepts politiques de prévention (art. 5), la création d'organes de prévention (art. 6), des systèmes de recrutement, d'embauchage, de fidélisation, de promotion et de retraite des fonctionnaires et autres agents publics (art. 7), un code de conduite des agents publics (art. 8), des mesures pour accroître la transparence de l'administration publique (art. 10), des mesures pour renforcer l'intégrité des juges et des services de poursuite et prévenir les possibilités de les corrompre (art. 11) ainsi que des mesures pour prévenir la corruption impliquant le secteur privé (art. 12).

L'art. 9 de la Convention contre la corruption est consacré à la passation des marchés publics. Chaque Etat Partie prend les mesures nécessaires pour mettre en place des systèmes appropriés de passation des marchés publics qui soient fondés sur la transparence, la concurrence et des critères objectifs pour la prise des décisions et qui soient efficaces, entre autres, pour prévenir la corruption .

Let. c: L'égalité de traitement des soumissionnaires nationaux et étrangers n'est valable que pour les marchés soumis aux accords internationaux. En ce qui concerne les marchés inférieurs aux seuils, ce sont exclusivement les prescriptions de la LMI qui sont applicables pour les cantons, notamment le principe du lieu d'origine.

Let. d: les soumissionnaires ont droit à la protection de leurs données et de leurs secrets d'affaires. Si ces données ne sont pas suffisamment protégées, aucune concurrence entre soumissionnaires ne pourra fonctionner. Une transparence pratiquée de manière irréfléchie favorise des pratiques concertées et est susceptible d'avoir un effet anticompetitif.

Art. 13 Respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et des conditions de travail

Alinéas 1 et 2

Sur fond de champ de tension entre les standards sociaux, d'une part, et les principes du traitement national et de la non-discrimination, d'autre part, l'opinion s'est imposée selon laquelle des dispositions minimales relatives à la protection des travailleurs sont incontournables pour un bon fonctionnement de la concurrence. En Suisse, les dispositions de la Loi sur le travail et ses ordonnances d'exécution sont applicables. Il y a lieu de respecter par ailleurs les dispositions des conventions collectives et contrats-types de travail, ainsi que, en l'absence de tels instruments, les conditions de travail usuelles sur le plan local et dans la branche d'activité concernée. Le dumping social ne saurait être récompensé par l'adjudication de marchés publics.

Suite à des dysfonctionnements survenus dans des entreprises de production ces dernières années, une attention particulière a été accordée, à juste titre, au respect des normes de travail et des normes sociales minimales. Même si l'AMP 2012 ne traite pas la question de manière explicite, la prise en compte de normes de travail minimales est acquise depuis longtemps, tant au sein de

l'Union européenne qu'en Suisse. Aujourd'hui déjà, la pratique de nombreux cantons et celle de la Confédération lors de l'adjudication de marchés est caractérisée, au niveau national, par le respect des dispositions en vigueur en ce qui concerne la protection des travailleurs et les conditions de travail et, à l'international, par celui des conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT).

Les huit conventions fondamentales de l'OIT:

- Convention n° 29 du 28 juin 1930 sur le travail forcé (RS 0.822.713.9);
- Convention n° 87 du 9 juillet 1948 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical (RS 0.822.719.7);
- Convention n° 98 concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective (RS 0.822.719.9);
- Convention n° 100 du 29 juin 1951 concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale (RS 0.822.720.0);
- Convention n° 105 du 25 juin 1957 concernant l'abolition du travail forcé (RS 0.822.720.5);
- Convention n° 111 du 25 juin 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession (RS 0.822.721.1);
- Convention n° 138 du 26 juin 1973 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi (RS 0.822.723.8);
- Convention n° 182 du 17 juin 1999 concernant les pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination (RS 0.822.728.2).

La grande majorité des 185 Etats signataires, Suisse y compris, ont ratifié toutes les conventions fondamentales de l'OIT. Conformément à la déclaration de l'OIT de 1998 sur les principes et droits fondamentaux au travail²⁷, tous les Etats signataires sont tenus, ne serait-ce qu'au titre de leur statut de membre de l'OIT, de respecter, promouvoir et mettre en œuvre les droits fondamentaux visés par les huit conventions fondamentales, et ce, de bonne foi et conformément à la Constitution.

L'art. 2 de la *Loi sur les travailleurs détachés (Ldét) du 8 octobre 1999*²⁸ stipule 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. 360a du *Code des obligations (CO) du 30 mars 1911*²⁹ 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;

²⁷ FF 2000 292.

²⁸ RS 823.20.

²⁹ RS 220.

- 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.

Alinéa 2

Cette règle stipule que les soumissionnaires suisses sont soumis aux prescriptions du canton ou de la commune de la succursale ou du siège du soumissionnaire ; autrement dit, toutes les dispositions pertinentes en Suisse doivent être considérées comme équivalentes (principe du lieu d'origine conformément à l'art. 2 LMI).

Alinéas 3 et 4

Sur simple demande, le soumissionnaire doit apporter la preuve qu'il garantit la protection des travailleurs et les conditions de travail et qu'il respecte le principe de l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes. L'adjudicateur peut contrôler lui-même le respect des normes minimales ou confier cette tâche à des tiers. Des conventions ou clauses adéquates dans les contrats, notamment des peines conventionnelles ou la menace de sanctions, sont destinées à décourager tout comportement déviant.

Art. 14 Récusation

Alinéa 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. Selon les circonstances, des contacts au sein d'organes spécialisés peuvent s'avérer positifs dans la mesure où ils affûtent la compétence technique et la connaissance de la branche de l'adjudicateur. La notion d'indépendance n'est pas abstraite ; elle doit toujours être estimée en relation avec les tâches et fonctions du droit des marchés publics.

Alinéas 2 et 3

Il n'est pas possible d'attendre l'adjudication pour faire valoir le grief de partialité. Au contraire, un soumissionnaire doit déposer sa requête dès qu'il a connaissance de faits alimentant la vraisemblance de la partialité. L'adjudicateur donne suite à la demande sous forme d'une décision incidente, et ce, sans y associer la personne soupçonnée de partialité.

Art. 15 Préimplication

Alinéas 1 et 2

Il n'est pas toujours possible d'éviter une préimplication de certains soumissionnaires. Dans le cas de contrats de durée, qui font périodiquement l'objet d'un nouvel appel d'offres, la nature même de l'affaire veut que le soumissionnaire qui s'est déjà intéressé aux prestations dispose d'une certaine avance en termes d'informations. Il importe donc d'accorder à la compensation des asymétries de l'information la même importance que celle qui revient à leur prévention. L'obligation de transparence n'implique pas seulement une annonce de ces asymétries, mais aussi la diffusion de toute information utile, afin que tous les soumissionnaires puissent lutter à armes égales. Il convient éventuellement d'accorder aux autres soumissionnaires des délais suffisants, pour compenser leur retard en termes d'informations.

Alinéa 3

Un appel d'offres public sert à acheter des prestations, pas à analyser le marché. L'adjudicateur est tenu de se faire une idée des solutions proposées sur le marché *avant* l'appel d'offres. A cet effet, il peut être nécessaire de contacter par écrit des soumissionnaires, de procéder à des clarifications ou de visiter des entreprises. Dans la mesure où les résultats de ces prospections se reflètent dans les documents de l'appel d'offres, de telles analyses de marché n'entraînent pas la préimplication des soumissionnaires consultés.

Art. 16 Détermination de la valeur du marché

Cette disposition correspond largement à la réglementation actuelle. Différentes valeurs seuils sont applicables pour les cantons selon les types de marchés; elles sont spécifiées aux annexes 1 et 2. Les taux de change actuels des Droits de tirage spéciaux de l'AMP ou les montants exprimés en euros de l'Accord bilatéral, peuvent être consultés dans l'Ordonnance du DEFR sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics³⁰.

Alinéa 1

Ce paragraphe est consacré à la détermination de la valeur du marché. Le pouvoir adjudicateur est tenu de procéder à une estimation en vue de déterminer si la valeur seuil est atteinte ou pas, et ce, sur la base de ses propres connaissances ou d'analyses de marché spécifiques. La valeur définitive (éventuellement plus élevée) du marché au moment de l'adjudication ne joue aucun rôle.³¹

Alinéa 2

En cas de marchés de fournitures ou de services similaires et plus particulièrement lors d'un fractionnement en lots, la valeur du marché sera calculée sur la base de la valeur globale cumulée : un marché ne saurait être subdivisé en vue d'éluder les obligations du présent accord. Cette interdiction de fractionnement est déjà ancrée dans le droit actuel. Elle constitue une pièce maîtresse du droit des marchés publics (art. II:6 AMP 2012). Un fractionnement inadmissible n'implique pas nécessairement une intention illicite de la part du pouvoir adjudicateur; la conséquence objective (contournement des valeurs seuils) est suffisante.

Alinéa 3

Est chaque fois déterminante la totalité des prestations faisant l'objet de l'appel d'offres et des rémunérations, dans la mesure où un rapport matériel et juridique étroit les relie. Un tel lien est réalisé dès lors que les prestations ne peuvent raisonnablement être achetées séparément, notamment lorsqu'elles servent le même but, sont fournies par la même personne ou que la répartition des responsabilités n'est pas souhaitable.

Alinéa 4

Contrairement à la réglementation appliquée aux marchés soumis aux accords internationaux, en ce qui concerne les marchés de construction n'atteignant pas les seuils les valeurs des différents marchés ne seront pas additionnées pour déterminer le type de procédure applicable (cf. les remarques relatives à l'art. 10, Valeurs seuils).

Alinéa 5

Dans le cas de contrats de durée, il y a lieu de clarifier en amont si la durée convenue est déterminée ou indéterminée. En règle générale, il convient de limiter à 4 ans les contrats à durée déter-

³⁰ RS 172.056.12.

³¹ Cf. TAF B_3311/2009 (16.07.2009), consid. 3.5; TAF B_2778/2008 (20.05.2009), consid. 2.4.

minée. La valeur du marché correspond à la somme des rémunérations versées durant le laps de temps fixé, y compris si une résiliation anticipée est réservée par contrat.

Alinéa 6

Pour les marchés à durée indéterminée (auxquels il faudrait régulièrement mettre un terme par résiliation au plus tard tous les 4 ans), on multipliera par 48 la rémunération mensuelle estimée. Cette méthode de calcul est applicable aux marchés de marchandises ou de services passés sous forme de crédit-bail, location ou location-vente, mais aussi, de manière plus générale, à tout marché ne prévoyant pas expressément de prix total ou pour lequel aucun plafond de dépenses n'a été fixé (art. II:8 AMP 2012).

Il importe de faire la distinction entre les marchés de durée et les marchés répétitifs, c'est-à-dire une série de contrats ou des contrats adjugés par lots séparés permettant le plus souvent de couvrir le même besoin (cf. art. II:7 AMP 2012). La base de calcul pour l'estimation de la valeur totale du marché sera la valeur réelle ou (estimée) des contrats répétitifs adjugés au cours des 12 mois suivant l'adjudication initiale du marché. Dans le cas des marchés de durée, la valeur du marché sera calculée soit conformément à l'alinéa 5 (durée déterminée) soit conformément à l'alinéa 6 (durée indéterminée).

Chapitre IV Procédures d'adjudication

Art. 17 Types de procédure

A l'avenir, il y aura encore un nombre déterminé de procédures d'adjudication autorisées. Des innovations ou formes mixtes ne sont pas admises. Pour autant, il n'est pas interdit d'ajouter, en complément des procédures d'adjudication types, des éléments spécifiques à un appel d'offres. Limite et condition préalable : à tout moment, il ne doit y avoir aucun doute sur la procédure légale prévue. Les éléments caractéristiques de chaque type de procédure doivent être identifiables. De même, les éléments spécifiques à un appel d'offres donné doivent pouvoir être mesurés à l'aune des principes généraux du droit des marchés publics, à savoir l'utilisation parcimonieuse des deniers publics, l'égalité de traitement et la transparence.

Dans la mesure où le type de procédure n'est pas imposé par le présent accord, l'adjudicateur est libre de choisir la procédure qu'il souhaite utiliser. A tout moment, il a la possibilité de sélectionner une procédure plus stricte (procédure ouverte ou sélective au lieu de la procédure sur invitation; procédure sur invitation au lieu de la procédure de gré à gré), et ce, même si le présent accord prévoit une procédure plus simple. Son choix entre la procédure ouverte ou sélective sera motivé par des considérations pratiques, prenant notamment en considération la complexité des prestations à fournir et le nombre d'offres susceptibles d'être reçues.

Art. 18 Procédure ouverte

Dans la procédure ouverte, les prestations sont directement mises en soumission, sans que l'adjudicateur ne procède à une présélection. Cette procédure correspond à la réglementation actuelle, formulée à l'art. 12 al. 1 let. a AIMP.

Art. 19 Procédure sélective

Dans la procédure sélective, qui devrait rester une procédure de préqualification réservée à des marchés complexes et ambitieux, le nombre des candidats est réduit grâce à un test d'aptitude structuré. Cette réglementation correspond au droit actuel (cf. art. 12 al. 1 let. b AIMP).

Art. 20 Procédure sur invitation

Les accords internationaux ne prévoient pas la procédure sur invitation. Celle-ci n'est applicable que pour les marchés non soumis aux accords internationaux. Afin de garantir un minimum de concurrence, dans la mesure du possible, il y a lieu de demander au moins trois offres. La sélection des soumissionnaires admis à participer à la procédure sur invitation / la limitation de leur nombre est laissée à l'appréciation discrétionnaire de l'adjudicateur. Cette réglementation correspond au droit en vigueur (art. 12 al. 1 let. b^{bis} AIMP). Au surplus, la procédure sur invitation se distingue de la procédure ouverte uniquement par le fait qu'elle n'implique pas un appel d'offres public.

Art. 21 Procédure de gré à gré

Alinéa 1

Dans la procédure de gré à gré, l'adjudicateur adjuge un marché public directement à un soumissionnaire, sans lancer d'appel d'offres. Le pouvoir adjudicateur entame des négociations directement avec un ou plusieurs soumissionnaires. La procédure de gré à gré ne représente donc pas un instrument équivalent à la procédure ouverte, la procédure sélective ou la procédure sur invitation, puisque la concurrence entre soumissionnaires ne joue pas forcément. Le fait de demander des offres comparatives est autorisé, mais cette possibilité doit être clairement notifiée en amont. Pour ce type de procédure, des négociations continuent à être expressément autorisées. La procédure de gré à gré est déjà mentionnée dans l'AMP 1994, à l'art. XV, tout comme dans le droit européen (art. 40 de la Directive 2004/17/EC ou art. 28 de la Directive 2004/18/EC).

L'introduction à l'art. XIII de l'AMP 2012 («Appel d'offres limité») émet la réserve suivante: l'adjudicateur ne doit pas utiliser la disposition dans le but d'éviter la concurrence entre soumissionnaires ou discriminer un fournisseur d'un autre Etat signataire de l'Accord.

Alinéa 2

En référence à l'art. XIII:1, let. a à h, AMP 2012, le présent projet énonce une liste exhaustive de circonstances, autorisant une procédure de gré à gré également en dehors du champ d'application défini par les valeurs-seuils. Eu égard à leur caractère exceptionnel/dérogatoire, il importe de toujours interpréter ces circonstances de manière stricte, en se conformant à la pratique constante des tribunaux.

L'alinéa 2 transpose dans le droit national la liste des dérogations visées à l'art. XIII:1 let. a à h AMP 2012. Il n'est pas possible de rallonger la liste de manière autonome. Toutes les circonstances évoquées à l'alinéa 2 sont des cas où la procédure ouverte / sélective n'entrerait pas en ligne de compte ou ne serait pas appropriée. Il en va de même pour des acquisitions subséquentes ou urgentes pour des raisons imprévisibles. A quelques modifications près, cette liste correspond au droit actuel.

La let. e (acquisitions subséquentes) prévoit que, désormais des prestations destinées à remplacer, à compléter ou à accroître des fournitures, services ou travaux de construction déjà fournis peuvent être achetées auprès du soumissionnaire initial, lorsqu'un changement de soumissionnaire est impossible pour des raisons économiques ou techniques ou dans la mesure où il entraînerait des difficultés considérables ou une augmentation substantielle des coûts. Ces raisons peuvent s'expliquer par le fait que certains matériaux, équipements et prestations (comme des programmes informatiques ou des logiciels) ne sont pas interchangeables. Lorsque la compatibilité avec les composants existants n'est pas garantie, une procédure ouverte ou sélective, exceptionnellement, ne sert pas l'objectif poursuivi.

A l'art. XV AMP 1994, trois autres cas d'acquisitions subséquentes étaient prévus (let. d «livraisons additionnelles»; let. f «services de construction additionnels»; let. g «nouveaux services de construction»). Dans l'AMP 2012, ces trois circonstances ont été regroupées en une seule disposition à l'art. XIII:1 let. c. La rédaction finale de l'art. XIII:1 let. c n'est pas très heureuse dans la mesure où elle tente de concilier deux conditions incompatibles: l'impossibilité de changer de fournisseur pour des raisons économiques ou techniques, d'une part, et des inconvénients importants et une duplication substantielle des coûts, d'autre part. L'exigence de ces deux aspects cumulés n'est pas logique. Lorsqu'un changement de fournisseur ou de produit n'est pas possible, cet état de fait demeure même si les surcoûts ne sont pas substantiels. De même, l'impossibilité d'un changement ne laisse aucun espace au critère supplémentaire des «inconvénients importants». La formulation modifiée de la let. e du projet remédie à ces incohérences, sans perdre de vue la teneur de l'AMP 2012.

En plus des circonstances énumérées dans l'AMP 2012 (cf. en particulier l'art. XIII:1 let. h), la let. i du projet autorise, comme c'est le cas jusqu'à présent, la procédure de gré à gré lorsque l'adjudicateur fait élaborer la solution d'une tâche de planification dans le cadre d'une procédure conforme au présent accord, puis souhaite confier au lauréat certaines prestations subséquentes ayant un lien étroit avec la tâche de planification. En font partie des prestations de planification supplémentaires (planification plus poussée, p. ex.) ou encore la coordination de la mise en œuvre de cette planification (direction des travaux, p. ex.), mais pas la réalisation de la planification (travaux de construction, p. ex.). En plus d'un concours, un mandat d'étude ciblé peut répondre à ces exigences.

Alinéa 3

Comme spécifié à l'art. XIII:2 AMP 2012, l'adjudicateur est tenu de dresser procès-verbal de chaque marché soumis aux accords internationaux adjudgé selon la procédure de gré à gré.

Art. 22 Concours d'études et concours portant sur les études et la réalisation

Les concours d'études et concours portant sur les études et la réalisation jouent un rôle important dans les marchés publics. Des concours d'études peuvent être organisés afin de recueillir des idées en vue de l'élaboration de propositions de solutions pour des tâches délimitées et décrites de manière générale (concours d'idées) ou pour servir un projet de manière plus concrète et donner lieu à l'adjudication de la réalisation partielle ou globale de la solution (concours de projet). Des concours portant sur les études et la réalisation visent quant à eux l'élaboration de propositions de solutions pour des tâches décrites de manière concrète et l'adjudication de la réalisation de la solution retenue. Les concours d'études ainsi que les concours portant sur les études et la réalisation ne constituent pas un type de procédure. Comme par le passé (cf. art. 12 al. 3 AIMP), pour le surplus l'adjudicateur peut se référer aux règles établies par les organisations professionnelles concernées.

Le droit international ne contient aucune règle concernant la conduite de concours. L'art. XIII (h) (i) AMP 2012 mentionne toutefois que, dans la procédure de gré à gré, le marché sera adjudgé au lauréat d'un concours, à condition que le concours ait été organisé d'une manière compatible avec les principes du présent accord, en particulier en ce qui concerne la publication d'un avis de marché envisagé, et que les participants (leurs projets) soient jugés par un jury indépendant, en vue de l'adjudication du marché au lauréat. Ainsi, le droit international n'intervient que dans un deuxième temps, après la clôture du concours. Pour autant, il influence l'organisation dudit concours. Si le marché n'est pas adjudgé au lauréat ou si l'organisation du concours n'est pas en adéquation

avec les principes de l'AMP 2012, il importe de recourir à une procédure ouverte ou sélective. Les concours d'études ainsi que les concours portant sur les études et la réalisation ne constituent pas un type de procédure de soumission d'offres en tant que tel.³² Lorsque le concours doit aboutir à une adjudication de gré à gré au lauréat, il y a lieu de l'organiser de manière conforme aux principes énoncés dans l'AMP 2012 (en règle générale dans le cadre d'une procédure ouverte ou sélective).

Les règlements SIA 142/2009 (Concours) et 143/2009 (Mandats d'étude) revêtent une grande importance pratique. A cet égard, il convient de garder présent à l'esprit que les règlements SIA représentent des cadres réglementaires privés. D'une part, ils ne sont applicables que dans la mesure où ils sont mentionnés dans les documents d'appel d'offres. D'autre part, ils ne peuvent déroger aux dispositions (contraignantes) du droit des marchés publics applicable. Mais ils trouvent leur utilité dans le cadre de l'interprétation ou pour combler une éventuelle lacune.³³

Art. 23 Enchères électroniques

L'AMP 1994 ne prévoyait pas la possibilité d'organiser des enchères électroniques. En revanche, le droit européen a déjà posé les bases de ce type d'instruments pour les pays membres.³⁴

L'AMP 2012 mentionne dans son préambule la volonté d'encourager le recours à des dispositifs électroniques pour les marchés qui s'y prêtent. Il définit les enchères électroniques comme un *«processus itératif comportant l'utilisation de moyens électroniques pour la présentation par les fournisseurs soit de nouveaux prix, soit de nouvelles valeurs pour les éléments quantifiables de la soumission autres que le prix ayant trait aux critères d'évaluation, ou les deux, qui donne lieu à un classement ou à un reclassement des soumissions.»*

Afin de garantir une utilisation aisée et sûre par les soumissionnaires, l'AMP 2012 prévoit en plus à l'art. IV:3 que, lors de l'adjudication de marchés couverts par voie électronique, le pouvoir adjudicateur fera en sorte que le marché soit passé à l'aide de systèmes et programmes informatiques généralement disponibles et compatibles et qu'il mettra en place des mécanismes de protection des soumissions contre un accès inapproprié. Par souci de transparence, chaque avis de marché envisagé doit indiquer la méthode d'acquisition employée et préciser si des négociations ou une enchère électronique auront lieu (art. VII:2 let. f AMP 2012). L'AMP 2012 ne considère pas l'enchère électronique comme une forme particulière de négociation, mais comme un instrument à part entière.

A part l'exploitation de plateformes électroniques et la soumission d'offres par voie électronique, jusqu'à présent une réglementation légale et une certaine expérience de l'utilisation de cet instrument faisaient défaut. L'art. 23 vise à combler cette lacune.

Alinéas 1 et 2

L'enchère électronique ne constitue pas une procédure en tant que telle, mais un «mini tender» susceptible d'être lancé après l'adjudication de contrats-cadres dans une procédure ouverte ou sélective. La particularité des enchères électroniques est l'évaluation des offres via une procédure itérative automatisée.

³² Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. Zürich 2013, Rz. 990.

³³ CRM, JAAC 64/2000 N° 63, consid. 4d/bb.

³⁴ Art. 56 de la Directive 2004/17/EC ou art. 54 de la Directive 2004/18/EC.

Par définition, les enchères électroniques sont limitées à l'acquisition de prestations standardisées. L'enchère électronique porte sur les prix lorsque le marché est adjugé au soumissionnaire présentant l'offre la moins chère, ou sur les prix et les valeurs des éléments quantifiables lorsque le marché est adjugé au soumissionnaire présentant l'offre la plus avantageuse économiquement.

Les documents de l'appel d'offres mentionnent les exigences que les soumissionnaires doivent respecter en termes d'authentification et de cryptage. Il importe d'accorder la plus grande attention à l'aspect sécurité (notamment la non-répudiabilité des offres). Il convient par ailleurs de s'assurer que la saisie des données par les participants reste anonyme.

Alinéa 3 et 4

Ce n'est que dans un deuxième temps que l'enchère électronique intervient dans la procédure. Au cours d'une première phase, l'adjudicateur vérifie les critères d'aptitude et les spécifications techniques, puis procède à une première évaluation des offres.

Lors d'enchères électroniques, l'information complète et périodique des soumissionnaires par l'adjudicateur représente un élément important de garantie de la transparence et de l'égalité de traitement. Avant toute enchère, l'adjudicateur met à la disposition de chaque soumissionnaire les informations relatives à la méthode d'évaluation automatique, y compris la formule mathématique ; il lui communique le résultat de sa première évaluation des soumissions, ainsi que toute autre information utile pour le déroulement de l'enchère. Si l'enchère électronique comporte plusieurs rondes, l'adjudicateur informe chaque soumissionnaire de sa position dans le classement à chaque ronde.

Alinéa 5

Tous les soumissionnaires admis à participer à l'issue de la première évaluation sont invités en même temps, par voie électronique, à soumettre de nouvelles offres révisées. Le nombre de soumissionnaires admis peut être limité, à condition d'avoir mentionné cette possibilité en amont. Et ce, pour des raisons d'efficacité et d'optimisation de la gestion de l'enchère électronique.

Art. 24 Négociations

Contrairement aux instruments du dialogue et de l'enchère électronique, l'éventualité de négociations était déjà envisagée dans l'AMP 1994. Cette possibilité est à nouveau abordée dans l'AMP 2012 – sous une forme condensée. Le principe de transparence, d'une part, et l'égalité de traitement des soumissionnaires, d'autre part, revêtent une importance primordiale en relation avec le déroulement de négociations. Des négociations ne doivent pas être engagées avec l'intention (ou le résultat) d'avantager certains soumissionnaires ou d'en pénaliser d'autres – en offrant p. ex la possibilité à un soumissionnaire choisi arbitrairement d'optimiser son offre a posteriori. Des règles claires relatives à la conduite de négociations sont donc absolument indispensables.

Depuis l'entrée en vigueur de la LMP, la Confédération a le droit d'engager des négociations (y compris des négociations portant exclusivement sur les prix). A ce jour, dans les cantons les négociations (rounds de négociations) ne sont pas autorisées ; seule exception, la procédure de gré à gré (art. 11 let. c AIMP; art. 30 DEMP). Jusqu'à présent, les cantons se sont clairement opposés, presque à l'unanimité, à l'introduction de la possibilité de mener des négociations. Motifs invoqués : d'une part, la crainte que les soumissionnaires ne prévoient dans leur offre une marge en vue de la négociation – marge qu'il faudra éliminer par la conduite de négociations devant être annoncées en amont ; d'autre part, les négociations sont complexes et impliquent un niveau de

compétences élevé chez les personnes impliquées. Les cantons estiment que les négociations sont susceptibles d'encourager un «clientélisme» indésirable entre adjudicateurs et soumissionnaires. Les soumissionnaires, quant à eux, attirent l'attention sur les risques de manque de transparence et d'abus de la puissance d'achat de la part des adjudicateurs. Ils redoutent une concurrence par le prix le plus bas de plus en plus ruineuse. Enfin, les cantons estiment que des négociations sur les prix risquent d'éluder la procédure d'adjudication, dans la mesure où tous les critères – sauf le prix – deviendraient pratiquement insignifiants.

De leur côté, les partisans des négociations insistent sur le principe d'économicité des marchés publics. Des négociations permettraient de faire des économies lors de l'achat de prestations. Dans un souci de flexibilité, le pouvoir adjudicateur devrait pouvoir être en mesure d'optimiser l'objet de la prestation (dans le cadre de limites prédéterminées). La possibilité de négocier serait un instrument incontournable, précisément en cas de marchés publics ou de prestations complexes.

Dans un esprit de compromis, sur proposition de la Confédération, le projet qui sera envoyé en consultation envisage désormais d'éliminer cette différence fondamentale entre l'ordre juridique de la Confédération et celui des cantons et d'autoriser, sous certaines conditions, la conduite de négociations également pour les cantons. Cette proposition de compromis implique une harmonisation des deux systèmes juridiques au titre de contribution de la Confédération à l'harmonisation visée (voir la page 9 en haut et les remarques relatives aux voies de droit, page 50).

Alinéa 1

Les négociations peuvent porter sur les prestations (volume) et leurs modalités (qualité) comme sur le prix. Une modification apportée à un paramètre aura régulièrement des répercussions sur tel ou tel autre paramètre. Les négociations ne sont admises que si l'une des deux conditions suivantes visées à l'art. XII:1 AMP 2012 est remplie: soit l'intention d'engager des négociations aura été communiquée expressément dans les documents d'appel d'offres; soit il apparaît après évaluation qu'aucune soumission n'est manifestement la plus avantageuse selon les critères d'évaluation spécifiques énoncés. A noter également qu'en l'absence d'annonce préalable des rounds de négociations sont exclus.

Alinéa 2

En plus de leur mention dans l'appel d'offres, les négociations impliquent régulièrement des motifs justifiés. Ces circonstances sont les suivantes :

Let. a: sur la base des offres reçues, il s'avère que des modifications de prestations sont nécessaires. Il est par exemple possible qu'un soumissionnaire propose une variante d'entreprise qui devra ensuite figurer dans l'offre complémentaire de tous les soumissionnaires. Dans ce cas, la négociation représente une alternative préférable à une interruption ou une réédition de l'appel d'offres. La négociation trouve ses limites lorsque la modification de l'objet de la prestation est si importante qu'elle implique un nouveau cercle de soumissionnaires. Dans ce cas, il importe toujours de lancer un nouvel appel d'offres.

Let. b: lorsqu'un seul soumissionnaire présente une offre, le marché peut lui être attribué de gré à gré. Etant donné que dans la procédure de gré à gré (Confédération et cantons) des négociations sont d'ores et déjà admises et le resteront, cette circonstance ne fait que clarifier la pratique actuelle. Il est également possible de négocier lorsqu'une concurrence efficace n'est pas garantie pour d'autres raisons.

Let. c: en règle générale, lorsque le marché porte sur des prestations complexes, la première itération ne permet pas de comprendre entièrement les attentes des adjudicateurs et d'y apporter une réponse exhaustive. Si aucun dialogue n'a lieu, dans de tels cas, il est bon d'organiser un round supplémentaire de négociations, afin de pouvoir procéder à l'achat.

Alinéa 3

La conduite de négociations n'est pas une obligation; en outre, l'adjudicateur n'est pas tenu d'en mener avec tous les soumissionnaires. Dans un souci d'efficacité, il le fera uniquement avec les soumissionnaires entrant raisonnablement en ligne de compte pour l'adjudication. En règle générale, au moins trois soumissionnaires doivent être sollicités.

Alinéa 4

L'alinéa 4 définit des exigences générales vis-à-vis de la transparence et du caractère impartial des négociations dans leur ensemble, et de leur conduite en particulier. Les adjudicateurs doivent documenter suffisamment chaque étape.

Art. 25 Annonce et procès-verbal

Alinéas 1 et 2

Cette disposition consigne les exigences formelles posées en termes de conduite des négociations. Les négociations sont soumises aux termes du présent Accord intercantonal, ainsi qu'aux principes de proportionnalité et d'impartialité. Les précisions ci-dessus (art. 24) et la consignation des votes dans un procès-verbal visent à garantir le respect des prescriptions légales. Les procès-verbaux doivent être signés par les deux Parties.

Art. 26 Dialogue

L'instrument du dialogue ne figure ni dans l'AMP 1994 ni dans l'AMP 2012. La formulation «méthodes telles que» à l'art. IV:4 let. a GPA 2012 adoucit le *numerus clausus* des procédures possibles visées à l'art. VII:3 AMP 1994. Contrairement à l'art. XIV:2 AMP 1994, l'art. XII AMP 2012 ne mentionne plus la restriction selon laquelle les négociations (toujours réservées) servent principalement à déterminer les points forts et les points faibles des soumissions. Il en résulte une marge de manœuvre pour des procédures telles que le dialogue (comparer également l'art. VII:2 let. f AMP 2012 à l'art. IX:6 let. b AMP 1994). L'art. VII:2 let. f AMP 2012 consigne les conditions à remplir dans le cadre de l'appel d'offres.

L'UE avait déjà introduit à l'art. 29 de la Directive 2004/18/EC le dialogue comme instrument destiné à augmenter la flexibilité dans le cadre de projets particulièrement complexes. L'art. 48 de la nouvelle directive 2014/24/EC vise à optimiser et simplifier la procédure du dialogue compétitif, dans le cas de projets innovants (réalisation de grands projets intégrés d'infrastructures de transport, importants réseaux informatiques) ou encore de projets présentant une structure de financement complexe. La «variante helvétique», dont il est question ici, du dialogue compétitif de l'UE a été introduite par la Confédération au moment de la révision de l'OMP en 2009. Contrairement à la situation qui prévaut au sein de l'UE, le dialogue n'est pas envisagé comme une procédure à part entière, mais comme un instrument susceptible d'être utilisé dans le cadre de la procédure ouverte ou sélective. Sur proposition de la Confédération, cette approche est également celle que le présent projet de révision a adoptée. A ce jour, on ne trouve aucun équivalent du dialogue dans le droit cantonal.

Dans le cadre du dialogue compétitif, l'adjudicateur peut, en concertation avec des soumissionnaires sélectionnés, élaborer des pistes de solutions ou de procédés devant déboucher, au terme de

ce dialogue, sur une description des prestations tenant compte à la fois des exigences de l'adjudicateur et des capacités / ressources des soumissionnaires. Ainsi, l'adjudicateur a à sa disposition un instrument lui permettant de mettre à profit, sur un marché donné, le savoir-faire spécifique des soumissionnaires. Pour les soumissionnaires, le dialogue présente également un avantage: ils n'ont pas à élaborer leur offre dans les moindres détails dès le début de la procédure d'adjudication, mais peuvent l'affiner au cours d'un processus continu. Aux dires de la Confédération, les interruptions de procédure entraînant une réédition coûteuse en temps et en argent seraient ainsi évitées.³⁵

Alinéa 1

Lors de projets complexes ou de marchés portant sur des prestations innovantes, sans concertation avec le soumissionnaire l'adjudicateur n'est bien souvent pas en mesure, ou seulement au prix d'une charge de travail disproportionnée, de déterminer l'objet du marché public de manière à ce qu'il réponde parfaitement à ses besoins ou d'évaluer les solutions proposées par le marché. Si l'adjudicateur favorise une solution de manière unilatérale, cela risque de se traduire par une exploitation partielle des ressources et du potentiel d'innovation du marché.

La complexité peut tenir à des spécificités techniques ou juridiques ou résulter de la solution de financement choisie (Public-Private-Partnerships notamment).³⁶ Dans de tels cas, la recherche de solutions et de procédés s'inscrit de manière idéale dans l'appel d'offres (et non dans l'analyse de marché en amont), puisque le manque de connaissances spécifiques de l'adjudicateur le contraint à discuter avec les soumissionnaires de pistes de solutions dans le cadre d'une procédure structurée, puis à les élaborer conjointement avec ces derniers.

L'adjudicateur mentionnera comme il se doit dans l'appel d'offres le fait qu'il se réserve le droit d'entamer un dialogue compétitif. Déjà à ce stade, tout soumissionnaire doit savoir à quoi il s'engage. La conduite du dialogue est ensuite laissée à la discrétion de l'adjudicateur.

Alinéa 2

L'obligation générale de transparence doit être respectée également dans le cadre du dialogue compétitif. Dans la documentation d'appel d'offres, l'adjudicateur précisera ses souhaits et exigences, ainsi que les critères (d'aptitude) présidant au choix des partenaires de dialogue. Il communiquera aux soumissionnaires sélectionnés un minimum d'informations sur le déroulement du dialogue compétitif suffisamment tôt (au plus tard dans le dossier d'appel d'offres), afin qu'ils puissent se préparer comme il se doit. Le dialogue compétitif est mené essentiellement sur une base bilatérale avec chacun des soumissionnaires et s'appuie sur leurs solutions et propositions (cf. la fiche explicative de la Commission européenne sur le dialogue compétitif, directive classique, p. 7 et suivantes).

Selon l'ampleur de l'objet du marché / la complexité des questions qui se posent, l'adjudicateur peut subdiviser le dialogue compétitif en plusieurs phases successives, au cours desquelles l'objet du marché sera délimité un peu plus à chaque fois.

Alinéa 3

Le dialogue vise à concrétiser les exigences fonctionnelles formulées par l'adjudicateur ou les solutions / marches à suivre préconisées en s'appuyant sur les connaissances techniques et

³⁵ Cf. Rapport explicatif du DFF du 1^{er} janvier 2010, p. 18 et suivantes.

³⁶ Voir à ce sujet la Fiche explicative – Dialogue compétitif – Directive classique de la Commission européenne, p. 1-4.

l'expérience du soumissionnaire. Il peut être nécessaire de subdiviser la procédure en plusieurs phases. Si, au cours de la procédure, il s'avère que l'un des partenaires de dialogue ne peut raisonnablement prétendre à remporter le marché, l'adjudicateur n'est pas tenu de poursuivre le dialogue avec lui. Une notification sera adressée au soumissionnaire sous la forme d'une décision sujette à recours, immédiatement ou seulement au moment de l'adjudication.

Alinéa 4

Cet alinéa rappelle les principes d'égalité de traitement, de confidentialité et de transparence. La transmission d'informations confidentielles nécessite l'autorisation des soumissionnaires concernés. Il importe notamment de garantir le respect du droit d'auteur et des règles de loyauté.³⁷

Alinéa 5

Pour des raisons de traçabilité et de contrôle juridictionnel, toutes les étapes du dialogue doivent être documentées. En prévision d'un dédommagement éventuel des partenaires du dialogue, il est important de consigner, de manière appropriée, la charge supportée par les soumissionnaires.

Alinéa 6

Les soumissionnaires admis à poursuivre le dialogue sont informés de la fin de celui-ci et reçoivent tous les éléments utiles; ils sont par ailleurs invités à remettre leur offre complète et définitive dans le délai imparti.

Art. 27 Contrats-cadres

L'AMP (la version de 1994 comme la version révisée de 2012) ne mentionne pas l'instrument des contrats-cadres. L'art. XV:7 de l'AMP 2012 fait simplement état de l'interdiction d'utiliser des «options» ... «de manière à contourner les obligations au titre du présent accord». Contrats-cadres et options ont certains éléments en commun: dans les deux cas, ce n'est pas un volume de prestations de services précis et fixe qui est mis en concurrence, mais le droit pour l'adjudicateur d'acquérir certaines prestations durant un laps de temps donné. Aujourd'hui, on utilise les contrats-cadres pour l'achat de médicaments p. ex.

La notion d'accord-cadre a été introduite dans le droit européen et redéfinie par les directives 2004/17/EC (art. 14 et 29) et 2004/18/EC (art. 32). L'instrument est également prévu dans les nouvelles directives 2014/24 EC (art. 33) et 2014/25/EC (art. 51). Ainsi, un «accord-cadre» est un accord passé entre un ou plusieurs adjudicateurs et un ou plusieurs soumissionnaires, ayant pour but de définir les conditions à respecter pour les marchés passés tout au long de la durée de l'accord-cadre – notamment en relation avec le prix et, éventuellement, en ce qui concerne les quantités.

Alinéa 1

La passation d'un contrat-cadre avec un ou plusieurs soumissionnaires n'implique pas le recours à une procédure spécifique. Les procédures générales sont également applicables pour l'appel d'offres et la conclusion de contrats-cadres. Il en va de même en ce qui concerne les principes généraux de la procédure d'adjudication, qu'il convient de respecter pour la signature du contrat-cadre et pour les marchés répétitifs.

La teneur et le volume de chaque marché, ainsi que la procédure y afférente, sont directement fonction du contrat-cadre. Si toutes les conditions ont déjà été fixées dans ce dernier, elles restent

³⁷ Cf. jugement du Tribunal cantonal zurichois du 24 mai 2012, affaire n° LK020010, confirmé par le Tribunal fédéral par son arrêt 4A_397/2012 (11.01.2013).

bien évidemment valables pour l'adjudication de chaque marché fondé sur le contrat-cadre. Il suffira de préciser le volume et les délais, éventuellement des conditions commerciales spécifiques (rabais).

L'allusion relative aux effets des contrats-cadres en matière de concurrence se réfère à l'art. XV:7 AMP 2012. Le recours à un contrat-cadre pour «couvrir les besoins informatiques de la collectivité publique XY pour les années 2013 à 2017» ne serait pas admissible, car cela soustrairait au jeu de la concurrence toute une série de marchés distincts durant plusieurs années. Les contrats-cadres doivent systématiquement se limiter à un marché subséquent. Il importe de décrire suffisamment les prestations de services. Un contrat-cadre ne saurait se substituer à une description lacunaire des services à fournir.

Si des prix unitaires sont exigés dans l'appel d'offres, l'adjudicateur conçoit une grille quantitative optionnelle, permettant de calculer une estimation du prix total (en multipliant les prix unitaires). Il peut également opter pour un montant total fixé par contrat-cadre.

Le prix total, base de l'adjudication, doit être publié conformément aux termes de l'art. 48. Sauf convention contraire, le prix total ou une grille quantitative n'oblige pas l'adjudicateur à acheter les services offerts par contrat-cadre. Lorsque le laps de temps convenu arrive à son terme (options éventuelles comprises), ou suffisamment tôt avant cette échéance, les prestations de services doivent faire l'objet d'un nouvel appel d'offres.

Alinéa 2

Un contrat-cadre pour une prestation de service destinée à satisfaire un besoin permanent ou persistant d'un pouvoir adjudicateur ne peut être passé que pour une durée limitée. Les prestations de services doivent périodiquement faire l'objet d'un nouvel appel d'offres. Conformément à la formule de calcul visée à l'art. 16, la durée d'un contrat-cadre ne peut excéder quatre ans. Une prolongation automatique est exclue. Un contrat-cadre à durée indéterminée, non résiliable durant des années, octroie à l'adjudicataire un avantage concurrentiel ; ce faisant, il est susceptible de compromettre l'entrée sur le marché de concurrents et de porter atteinte au jeu de la concurrence. Une durée de contrat plus longue ne peut donc être envisagée que dans des cas exceptionnels.

Une exception à la durée maximale de quatre ans est par exemple justifiée lorsqu'elle entraîne des gains d'efficacité, et ce, en raison de la complexité de l'objet du marché, d'investissements de départ substantiels ou de connaissances et compétences spécifiques que doit acquérir un soumissionnaire et qui seraient perdues en cas de changement d'adjudicataire. Autre cas de figure admis : plusieurs contrats-cadres ont été adjugés et une certaine concurrence est entretenue entre les soumissionnaires via un «mini-tender».

En outre, vient s'ajouter à la durée du contrat-cadre celle des marchés subséquents conclus durant la période de validité du contrat-cadre. Il convient donc de veiller à ce que l'adjudication de tels marchés n'entraîne pas un dépassement de la période maximale de quatre ans, sauf dans les cas exceptionnels mentionnés ci-dessus.

Alinéa 3

Lorsqu'un contrat-cadre est conclu avec un seul soumissionnaire, les conditions fixées dans ce contrat-cadre sont applicables dans tous les cas. En vue de l'adjudication de chaque marché, si les conditions définies dans le contrat-cadre en amont n'ont pas été fixées de manière définitive, l'adjudicateur peut inviter par écrit le soumissionnaire à compléter son offre. Sans nouvel appel

d'offres, les prestations de services ne peuvent être sensiblement modifiées ou étendues par le biais d'un marché subséquent.

Alinéa 4

Si (pour des motifs liés à ses besoins en ressources, à la sécurité de l'approvisionnement, à la volonté de ne pas être dépendant d'un seul fournisseur, ou pour d'autres raisons suffisantes), un adjudicateur conclut des contrats-cadres avec plusieurs soumissionnaires, il peut, en vue de l'adjudication d'un marché subséquent, relancer la concurrence en ayant recours à la procédure du «petit appel d'offres» («mini-tender»), prévue à l'alinéa 4 let. b. Etant entendu que le respect des principes généraux, notamment celui de l'économicité, doit être assuré en permanence.

Les prestations de services peuvent également être sollicitées sans recourir au «mini-tender», simplement sur la base des critères définis dans le contrat-cadre. Un choix qui peut se justifier pour éviter p. ex. des coûts de transaction trop élevés lorsque des volumes peu importants sont en jeu. Lors d'une telle adjudication directe d'un marché subséquent, il importe de respecter les principes généraux (égalité de traitement, transparence, économicité, concurrence entre les soumissionnaires). Les critères d'adjudication doivent être communiqués de manière transparente et appliqués avec impartialité.

Chapitre V Exigences de l'adjudication

L'AMP 1994 et l'AMP 2012 utilisent toute une série de notions se recoupant partiellement pour définir les exigences à respecter dans le cadre d'un appel d'offres public, en termes de personnel, de ressources et de matériel. Le présent Accord précise et clarifie ces notions. La mise en place de conditions de participation formalisées, à remplir dans tous les cas indépendamment d'un appel d'offres concret, a fait ses preuves dans la pratique.

Art. 28 Conditions de participation

Alinéas 1 et 2

Les soumissionnaires doivent remplir les conditions de participation indépendamment de l'objet concret de la prestation de service et, le cas échéant, en apporter la preuve. L'autodéclaration, assortie de preuves formalisées, a fait ses preuves dans la pratique. Des déclarations erronées sont passibles de sanctions pénales et de sanctions relevant du droit des marchés publics.

Art. 29 Critères d'aptitude

Alinéa 1

L'alinéa 1 définit les principaux critères d'aptitude objectivement nécessaires à l'exécution du marché et vérifiables. Même si ces critères se réfèrent systématiquement à la personne du soumissionnaire, il importe de les définir en tenant compte de l'objet concret du marché.

Alinéa 2

L'alinéa 2 prévoit une disposition potestative pour la mise au point des critères d'aptitude. Il en résulte une liste non exhaustive de thèmes devant être couverts par les critères d'aptitude. Il s'agit d'exigences posées vis-à-vis des soumissionnaires en ce qui concerne leurs capacités sur les plans professionnel, financier, économique, technique et organisationnel ainsi que leur expérience (voir également le § 21 DEMP).

Alinéa 3

Il appartient à l'adjudicateur d'indiquer les preuves que les soumissionnaires doivent fournir pour

chaque critère d'aptitude. L'obligation de l'adjudicateur de valider les preuves par des questions supplémentaires n'est pas pour autant instaurée. Mais, en cas de doute quant à la fiabilité d'une preuve, une validation s'impose.

Alinéa 4

L'alinéa 4 transpose la réglementation visée à l'art. VIII:2 AMP 2012, selon laquelle lorsqu'il établit les conditions de participation, l'adjudicateur ne peut exiger que le soumissionnaire ait déjà obtenu préalablement un ou plusieurs marchés d'un pouvoir adjudicateur. Et ce, afin de garantir la transparence et la non-discrimination, et de ne pas compromettre l'entrée sur le marché. Cela doit permettre d'éviter, d'une part, la formation de «cordées» sur de longues années entre adjudicateur et soumissionnaires, et l'exclusion de jeunes entrepreneurs de la participation à la soumission d'offres. Il est toujours autorisé de demander des références auprès d'autres adjudicateurs (cf. art. VIII:2b AMP 2012). Toutefois, doivent être admis au titre de références les marchés attribués par des adjudicateurs comparables, publics ou privés.

Art. 30 Listes

La présente réglementation correspond très largement au § 22 DEMP. Dans la mesure où les listes évitent d'avoir à examiner à chaque fois l'aptitude d'un soumissionnaire, l'établissement de listes sert l'efficacité d'un appel d'offres. Pour autant, les listes présentent un certain risque: elles sont susceptibles d'avantager les soumissionnaires enregistrés. Il convient de peser le pour et le contre de ces deux aspects. Des gains d'efficacité comparables peuvent être obtenus grâce à la mise en ligne (réalisée entretemps) de profils de soumissionnaires sur la plateforme électronique simap.ch. Il importe toutefois de s'assurer que les données enregistrées sur cette plateforme sont actualisées en permanence et que des soumissionnaires ne présentant pas le même profil ne seront pas désavantagés. Les données et preuves exigées doivent pouvoir être soumises d'une autre manière (auto-déclaration, p. ex.).

Alinéas 1 et 2

L'alinéa 1 accorde aux adjudicateurs la possibilité de tenir une liste des soumissionnaires potentiellement aptes. L'obligation de transparence est également valable pour la tenue de telles listes. Les indications à communiquer dans ces listes sont mentionnées de manière exhaustive à l'alinéa 2. Les données de la Confédération et des cantons sont publiées périodiquement sur la plateforme électronique simap.ch. Elles doivent faire l'objet d'un suivi continu.

Alinéa 3

Eu égard à l'assurance qualité visée à l'alinéa 3, toute procédure doit garantir qu'il est en tout temps possible de déposer une demande d'inscription et d'examiner ou de vérifier l'aptitude d'un soumissionnaire. Une telle procédure de contrôle doit pouvoir intervenir à tout moment, pas seulement lors de la demande de participation, et être susceptible d'entraîner la radiation d'un soumissionnaire, le cas échéant.

Alinéas 4 et 5

Qu'il soit inscrit ou non sur une liste, chaque soumissionnaire doit pouvoir avoir la possibilité de documenter au coup par coup son aptitude en vue d'un appel d'offres concret, en apportant des preuves individuelles (auto-déclaration). Si la liste n'est plus tenue, l'adjudicateur en informe les soumissionnaires qui figurent dedans.

Art. 31 Critères d'adjudication

Alinéa 1

L'évaluation du cycle de vie fait partie des nouveautés consignées dans cet alinéa. Conformément au § 32 al. 1 DEMP, toute une série de critères d'adjudication sont énumérés ; certains peuvent être qualifiés d'objectifs secondaires. Leur prise en compte ne doit pas entraîner une discrimination déguisée de certains soumissionnaires.

Alinéa 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. Dans certaines situations – pour les marchés non soumis aux accords internationaux – l'appréciation de la contribution des soumissionnaires à la formation de jeunes collaborateurs peut même être justifiée. Cette décision est laissée au seul jugement avisé 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 en relation et l'effectif de l'entreprise. C'est donc la proportion relative qui est déterminante, pas le nombre absolu de places de formation.

Alinéa 3

Dans un souci de transparence, les critères d'adjudication et leur pondération relative doivent être communiqués dans l'appel d'offres et la documentation s'y rapportant. Dans le cas d'appels d'offres fonctionnels (sur la voie du dialogue notamment), il est possible de renoncer à indiquer la pondération en amont. Ces réglementations correspondent au droit actuel.

Art. 32 Spécifications techniques

Alinéa 1

L'AMP 2012 prévoit que le pouvoir 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:1 AMP 2012). A l'art. I let. u, il énonce une liste non exhaustive d'exigences à respecter dans le cadre des spécifications techniques.

Alinéa 2

Conformément à l'art. VI:2 AMP 1994 et à l'art. X:2 AMP 2012, l'adjudicateur définit les spécifications techniques, notamment en termes de performances et d'exigences fonctionnelles. Il se fonde sur des normes internationales ou, à défaut, sur des prescriptions techniques appliquées en Suisse, des normes nationales reconnues ou les recommandations en usage dans la branche.

Citons comme documents de standardisation autres que les normes techniques les documents d'évaluation européens (DEE) relatifs aux produits de construction mentionnés dans la *Loi fédérale sur les produits de construction (LPCo) du 8 octobre 1999*³⁸. Les normes ou documents de standardisation internationaux entrent en ligne de compte au sens de la présente réglementation lorsqu'ils ont été désignés conformes aux prescriptions techniques en vigueur en Suisse.

Alinéa 3

L'alinéa 3 introduit la clause du produit leader, prévue à l'art. VI:3 AMP 1994 et à l'art. X:4 AMP 2012, comme au § 15 DEMP.

³⁸ RS 933.0.

Alinéa 4

Conformément à l'art. X:6 AMP 2012, l'alinéa 4 mentionne séparément les spécifications techniques visant à encourager la préservation des ressources naturelles ou à protéger l'environnement. Cette réglementation est toutefois soumise aux restrictions légales énoncées à l'alinéa 3 (cf. art. X:1-5 AMP 2012).

Art. 33 Consortiums et sous-traitants

Alinéa 1

Le principe des consortiums est admis. Mais les soumissionnaires ne peuvent revendiquer le droit (justiciable) de constituer une telle communauté. Sur ce point, l'adjudicateur jouit d'un grand pouvoir discrétionnaire. Bien souvent, les prestations de services mises en soumission peuvent être assurées par un seul fournisseur. Dans la mesure où un nombre suffisant de soumissionnaires sont à même de fournir l'ensemble des prestations et que la concurrence joue entre eux, en vertu des principes du droit des marchés publics il n'y a pas de raisons objectives justifiant l'autorisation de constituer un consortium.

Le droit des marchés publics vise une utilisation parcimonieuse des deniers publics et le maintien du jeu de la concurrence. Il n'a pas pour vocation de promouvoir certaines branches économiques ou formes d'organisations. Les consortiums peuvent donc être exclus. Une telle exclusion est notamment justifiée lorsqu'une charge de coordination excessive compromet le but du marché public ou génère des coûts de transaction superflus.

Alinéa 2

Des considérations similaires président à l'admission ou à l'exclusion de sous-traitants. Dès l'examen des critères d'aptitude, l'adjudicateur est susceptible de rencontrer des difficultés avec certains sous-traitants. L'admission de sous-traitants compensera partiellement l'interdiction d'une communauté de soumissionnaires.

Alinéa 3

Du point de vue droit de la concurrence, des candidatures multiples ne sont pas souhaitables. Elles favorisent les collusions entre soumissionnaires et, du point de vue droit des marchés publics, un nombre (éventuellement déterminant) d'offres sont neutralisées (car identiques). La concurrence entre soumissionnaires s'en trouve amoindrie. C'est pourquoi il faut un motif suffisant (connaissances et expériences spécifiques, droits de propriété intellectuelle ou situation similaire, nombre très restreint de spécialistes potentiels, p. ex.) pour que des candidatures multiples soient admises.

Alinéa 4

Cette disposition vise à prévenir la remise d'offres de soumissionnaires «virtuels», dont les tâches assumées personnellement seraient inexistantes ou marginales. La participation de tels soumissionnaires, qui mettent avant tout leur nom à disposition, entraîne inévitablement des coûts supplémentaires. Les adjudicateurs doivent acheter leurs prestations de services directement auprès des prestataires.

Art. 34 Lots et prestations partielles

Alinéa 1

Il est établi comme principe qu'un soumissionnaire remet une offre globale pour la totalité des prestations faisant l'objet du marché. En principe, il convient de ne pas tenir compte d'offres portant sur des prestations partielles.

Alinéa 2

L'adjudicateur est libre de lancer un appel d'offres pour une prestation de services dans sa globalité ou de la subdiviser en plusieurs tranches (lots). Les soumissionnaires n'ont pas le droit de dissocier les lots. Cependant, un partage peut s'avérer judicieux pour des questions de délais à tenir ou pour éviter les rapports de dépendance. Chaque lot fait l'objet d'une évaluation et d'une adjudication séparées. La subdivision en lots ne doit pas avoir pour but de contourner le type de procédure à appliquer.

L'adjudication a lieu pour chaque lot séparément. Les soumissionnaires peuvent soumettre des offres pour certains lots ou pour tous les lots. Il est toutefois possible de restreindre, dans l'appel d'offres, le nombre de lots par soumissionnaire.

Alinéa 3

Les soumissionnaires sont libres de remettre une offre pour un lot ou pour plusieurs. Cette liberté peut être restreinte. Ainsi, un adjudicateur peut décider que chaque lot sera adjugé à un autre soumissionnaire ou fixer le nombre maximum de lots pouvant être attribués à un soumissionnaire (pour éviter des rapports de dépendance).

Alinéa 4

La fragmentation des prestations engendre un besoin de concertation entre les différentes interfaces. Si l'adjudicateur a l'intention d'exiger que les adjudicataires collaborent entre eux, il le précisera dans l'appel d'offres.

Alinéa 5

Dans l'appel d'offres, l'adjudicateur peut se réserver le droit d'adjuger un marché portant sur des prestations partielles, même si une offre globale a été remise.

Art. 35 Variantes

Alinéa 1

Les «variantes d'entreprise» présentent des avantages et des inconvénients. Certes, elles ouvrent la voie à des solutions meilleures (innovation) que celles mentionnées dans l'appel d'offres, mais elles compliquent la comparaison des différentes offres et augmente les coûts de transaction. L'adjudicateur a la possibilité de limiter les variantes d'entreprise (à un seul domaine, p. ex.) ou de les exclure totalement. Il n'a pas à justifier sa décision. En l'absence d'une restriction ou d'une interdiction expresse, les propositions de variantes sont admises. Elles doivent toutefois être en rapport avec la proposition de l'adjudicateur. Les variantes constituent un accessoire facultatif de l'offre de base, pas un substitut. Cette réglementation correspond à la pratique actuelle.

Alinéa 2

Les variantes ne visent pas une prestation de service différente de celle présentée dans l'appel d'offres. Elles permettent d'atteindre le but du marché par une approche ou une voie différente de celle prévue par l'adjudicateur. Des formes différentes de rémunération ne peuvent être qualifiées de variantes. Les variantes se doivent d'être équivalentes à l'objet du marché sur le plan fonctionnel. Si elles sortent du cadre de l'objet du marché, elles ne sont pas pertinentes.

Art. 36 Exigences de forme

Alinéas 1 et 2

Les offres doivent toujours être soumises par écrit (art. XV:4 AMP 2012). La loi laisse une marge de manœuvre pour la remise électronique d'offres avec identification incontestable des soumissionnaires. Les exigences de forme, notamment en ce qui concerne le respect du délai pour re-

mettre l'offre et l'exhaustivité du dossier, seront définies dans l'appel d'offres / les documents y relatifs.

Chapitre VI Déroulement de la procédure d'adjudication

Art. 37 Contenu de l'appel d'offres

L'appel d'offres doit fournir aux soumissionnaires potentiels des informations claires sur le type de marché, son volume et les formalités y afférentes. Cet article transpose les exigences formulées à l'art. VII:2 et 3 AMP 2012 en ce qui concerne les indications minimales devant figurer dans l'appel d'offres public. Cette disposition est la plus proche possible du droit en vigueur dans les cantons (§ 12 et § 13 DEMP). Les principales nouveautés sont l'obligation de prénotification de la conduite éventuelle de négociations, les enchères électroniques et le dialogue. Dès qu'une indication est soumise à l'obligation de publication, toute rectification la concernant devra elle aussi être publiée.

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 est superflu lorsque l'appel d'offres lancé en Suisse est élaboré d'emblée en français.

Il importe de publier les appels d'offres publics sur une plateforme Internet commune Confédération/cantons. Les cantons peuvent prévoir des organes de publication supplémentaires (feuilles officielles cantonales et autres supports similaires).

Art. 38 Contenu des documents d'appel d'offres

Dans les documents d'appel d'offres, l'adjudicateur définit les principales bases de la procédure d'adjudication du marché et de la signature du contrat. Ces documents doivent donc contenir toutes les données utiles à la soumission d'offres pertinentes, vérifiables et comparables. Chaque soumissionnaire doit savoir à quelle prestation il s'engage et pouvoir partir du principe que l'adjudicateur n'attribuera pas un marché dérogeant aux termes de l'appel d'offres. En règle générale, les documents relatifs à l'appel d'offres sont mis à disposition en même temps que ce dernier et également sous forme électronique.

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. De même, 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.

Art. 39 Ouverture des offres

Alinéa 1

Après réception, les offres sont examinées dans le cadre d'une procédure formalisée et l'exhaustivité du dossier est vérifiée. Et ce, afin de prévenir d'éventuelles corrections des offres a

posteriri, dans un souci d'égalité de traitement des soumissionnaires. 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. La renonciation à une ouverture publique des offres s'impose notamment lorsque des négociations ont été annoncées en amont ou dans la première phase de la procédure sélective, car elle risquerait d'entraver une concurrence efficace.

Alinéas 2 et 3

Après leur ouverture, les offres reçues sont consignées dans un procès-verbal. On se contentera d'un examen formel et de la validation des données. Des remarques sur le contenu des offres n'ont pas leur place dans le procès-verbal d'ouverture des offres. La rectification et l'examen des offres auront lieu plus tard. Le procès-verbal est conservé dans le dossier de la procédure.

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. 40 Examen et évaluation des offres

Alinéas 1 et 2

Les principes énoncés aux alinéas 1 et 2 figurent déjà largement aux § 28 et 29 DEMP.

Il convient tout d'abord de vérifier si les offres déposées respectent les exigences de forme (remise dans le délai imparti, exhaustivité, signatures, etc.). Puis, les indications techniques et les chiffres figurant dans les offres seront rectifiés, avant que celles-ci ne soient examinées à l'aune des critères d'aptitude et d'adjudication (cf. également l'art. XV:5 AMP 2012). Enfin, un tableau comparatif des offres rectifiées sera établi, afin de servir de base à la décision d'adjudication.

Il y a lieu d'attirer l'attention sur la disposition relative aux «erreurs manifestes de calcul». Elle signifie, en d'autres termes, que de telles erreurs ne compromettent pas la prise en compte de l'offre. Au contraire, l'offre corrigée sera intégrée à l'évaluation. L'expression «erreurs de calcul» utilisée ici correspond à la notion du droit civil visée à l'art. 24 al. 3 CO. Il s'agit d'une opération arithmétique effectuée de manière erronée avec des grandeurs énoncées correctement dans l'offre. En voici un exemple concret : pour une livraison de matériel de 1000 m³ avec une offre de prix de 2 francs/m³, le prix total calculé est de 200 francs au lieu de 2000 francs. Il y a lieu de corriger une telle erreur ; elle ne remet pas en question la validité de l'offre.

Il importe de bien faire la distinction avec les fautes de calcul intentionnelles ou involontaires (p.ex. fourniture et pose d'une certaine qualité de béton à 150 francs au lieu de 250 francs, parce que les frais de transport ont été oubliés) ou des erreurs dans l'annonce du prix par le soumissionnaire (p. ex. bois équarri au départ de la scierie à 35 francs le m³ au lieu de 350 francs le m³). Dans de tels cas, une rectification n'est pas admise.

Alinéa 3

Cet alinéa autorise l'adjudicateur, lorsqu'il reçoit une offre dont le prix est anormalement bas, à vérifier auprès du soumissionnaire si celui-ci a bien compris les conditions de participation et autres modalités d'exécution du marché. Si le soumissionnaire n'est pas en mesure de garantir (de

manière convaincante) le respect de ces conditions et de lever les doutes quant à une exécution sérieuse du marché, son offre peut être exclue.

Cette disposition trouve un fondement à l'art. XV:6 AMP 2012 et est déjà connue dans le droit en vigueur (§ 31 DEMP). Des offres inhabituellement basses ne posent pas en soi un problème du point de vue droit des marchés publics. Bien au contraire, elles favorisent la concurrence (sur les prix) et sont donc les bienvenues sous l'angle de l'économicité. Par contre, les «sous-enchères déloyales» au sens de la *Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) du 19 décembre 1986*³⁹ sont interdites. Une offre est déloyale lorsque l'entrepreneur comble l'écart avec le prix de revient en ayant recours à des moyens illégaux, p. ex. en violant des conventions collectives de travail ou en faisant des économies par le biais de soustractions d'impôt ou d'impôts indirects. Par ailleurs, l'exclusion d'une offre inhabituellement basse peut s'avérer judicieuse lorsqu'un transfert de prix unitaires dans des prix forfaitaires des pouvoirs publics compromet sérieusement l'adjudication.

Alinéa 4

L'évaluation des offres doit se faire exclusivement sur la base des critères d'adjudication énoncés dans l'appel d'offres, ou la documentation y relative, et de leur pondération. Afin de faciliter la comparaison des offres, il convient de consigner les résultats de leur examen dans une matrice d'évaluation.

Comme pour le choix des critères, l'adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour évaluer les offres. Pour autant, l'évaluation des offres déposées doit se faire de manière objective et matériellement défendable. Le système d'évaluation et de notation sera appliqué de la même manière et selon les mêmes standards à tous les soumissionnaires. Il importe d'éviter des échelles d'appréciation trop grossières – notamment pour le critère du prix.

Impossible de déterminer de manière générale comment établir une échelle d'évaluation des prix; il faut tenir compte des spécificités de chaque cas concret. L'évaluation des prix offerts doit prendre en considération la pondération du critère, afin que son importance connue d'avance prenne toute sa signification. Cela signifie entre autres qu'il y a lieu, pour le critère du prix comme pour les autres critères, de ne retenir que la «bande passante» entrant en ligne de compte pour les montants d'offres.

Alinéa 5

Lors de projets assortis d'un grand nombre de spécifications techniques et de critères d'adjudication, l'examen des offres représente une lourde charge de travail. Dans le cadre de l'évaluation des offres, il peut être par exemple nécessaire de procéder à des tests de laboratoire et de terrain pour contrôler certaines caractéristiques de la prestation. En vertu du principe de l'économicité, l'adjudicateur doit avoir la possibilité, après un premier examen, de réduire le nombre d'offres entrant en ligne de compte, avant de les soumettre à un examen plus approfondi et une évaluation plus poussée. Conformément aux principes d'égalité de traitement et de transparence, il est recommandé d'annoncer dans l'appel d'offres l'application de cette norme et le nombre de soumissionnaires qui seront retenus pour un examen plus approfondi. Dans tous les cas, il importe de garantir une concurrence efficace, et ce, malgré la réduction du nombre d'offres.

³⁹ RS 241.

Art. 41 Adjudication

Alinéa 1

Un principe fondamental du droit des marchés publics veut que le marché soit adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse (cf. art. 13 let. f AIMP et § 32 al. 1 DEMP). Pour ce faire, il convient de tenir compte de la qualité et du prix des prestations, ainsi que d'autres critères selon l'objet du marché. Toutefois, la prise en compte d'objectifs secondaires ne doit pas résulter en une discrimination cachée ou un refus d'accès au marché injustifié. Alors que les préoccupations environnementales et les objectifs sociaux gagnent en importance dans la pratique d'adjudication des marchés, il importe de ne pas sous-estimer leur potentiel de discrimination. C'est la raison pour laquelle les parties à l'AMP 2012 ont convenu, à l'art. XXII et à l'Annexe E, d'un programme de travail destiné à clarifier la prise en considération du développement durable dans le cadre des marchés publics en conformité avec les obligations commerciales internationales.

Alinéa 2

Conformément au droit en vigueur, l'adjudication de marchés portant sur des prestations largement standardisées peut se faire exclusivement sur la base du prix le plus bas (§ 32 al. 2 DEMP). L'art. X:7 let. d et l'art. XV:5 let. b AMP 2012 autorisent déjà l'évaluation d'offres sur le seul critère du prix. Si l'adjudicateur n'indique aucun critère d'adjudication, le marché sera adjugé exclusivement en fonction du prix le plus bas.

L'importance primordiale donnée au prix n'est pas évidente dans tous les cas, même pour des marchandises standardisées. Dans la mesure où une pratique d'acquisition durable l'exige, la pondération du critère du prix peut tout-à-fait être inférieure à celle des autres critères applicables annoncés, y compris pour des marchés relativement simples. La condition préalable étant de garantir l'utilisation parcimonieuse des deniers publics, tout en respectant le principe de la durabilité conformément aux termes de l'art. 1 But, dans le cas concret donné. En définitive, l'importance du prix varie selon le système d'évaluation utilisé.

Art. 42 Conclusion du contrat

Alinéa 1

Cette disposition correspond au droit en vigueur (art. 14 al. 1 AIMP). Même si un recours éventuel contre la décision d'adjudication n'a pas d'effet suspensif (cf. art. 54), le contrat ne peut être conclu qu'à l'expiration du délai de recours / après le rejet par le Tribunal administratif cantonal de la demande d'octroi de l'effet suspensif.

Un contrat conclu de manière prématurée n'est pas nul au sens de l'art. 20 CO. Le droit des marchés publics, qui sert avant tout l'activité économique (achats publics), n'impose pas de telles sanctions. L'invalidité ne résulte pas de la conclusion prématurée du contrat, mais d'une violation éventuelle des règles et principes du droit des marchés publics, à clarifier dans le cadre d'une procédure de recours. Si la procédure de recours aboutit, il faut s'attendre à ce que le tribunal demande à l'adjudicateur, de lancer un nouvel appel d'offres (si le besoin pour ces prestations existe toujours) et de résilier le contrat passé de manière prématurée conformément à ses règles de résiliation à une date ultérieure à la clôture du nouvel appel d'offres.

Alinéa 2

Si la demande d'octroi de l'effet suspensif est rejetée, le marché peut être passé avec l'adjudicataire sans autre. En l'absence d'une prescription légale, un pourvoi éventuel de la décision de mesures

devant le Tribunal fédéral (possible uniquement en cas de violation de droits constitutionnels – d'importance fondamentale –, art. 83 let. f ch. 2 en relation avec l'art. 98 de la *Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF)*⁴⁰ ne donne pas lieu à un effet suspensif. Quoi qu'il en soit, il importe d'informer de la conclusion du contrat l'autorité juridictionnelle saisie. Le recourant est ainsi renvoyé à la protection juridictionnelle. Cette disposition correspond elle aussi au droit en vigueur (art. 14 al. 2 AIMP).

Art. 43 Interruption

Alinéa 1

Une procédure d'adjudication de marché public se termine soit par une adjudication soit par une interruption, possible à tous les stades de la procédure pour des raisons suffisantes (cf. art. XV:5 AMP 2012). L'alinéa 1 énumère à titre d'exemples des raisons justifiant une interruption. Ce qui est déterminant, c'est qu'une interruption n'empêche pas la concurrence et n'entraîne pas la discrimination déloyale d'un soumissionnaire.

Alinéa 2

En cas d'interruption, les soumissionnaires ne peuvent prétendre à aucune indemnisation pour les dépenses engagées aux fins de la remise de l'offre.

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

Cette disposition donne quelques exemples de circonstances pouvant entraîner une exclusion de la procédure, la radiation de la liste d'un soumissionnaire ou la révocation de l'adjudication. Il convient de vérifier au coup par coup dans quelle mesure une sanction est justifiée et proportionnée. Par rapport au droit actuel (cf. § 27 DEMP), un certain nombre de compléments et de précisions ont été apportés, et ce, afin de tenir compte de la formulation plus générale de l'art. VIII:4 AMP 2012 et de l'évolution globale de la législation. Dorénavant, une exclusion de la procédure peut notamment être prononcée à l'encontre d'un soumissionnaire si ce dernier a fait l'objet d'une condamnation entrée en force pour un crime en lien avec un marché public (let. d). Même s'il s'agit dans ce cas d'une formulation potestative, une condamnation pour infraction grave est bien souvent justifiée. De même, une offre pourra être exclue si un soumissionnaire a enfreint des dispositions visant à lutter contre la corruption ou le travail au noir (let. h et i). Conformément aux principes d'un Etat de droit, dans de tels cas une condamnation exécutoire ou des aveux du soumissionnaire justifient une exclusion de la procédure. Il faut entendre par infraction aux dispositions relatives à la lutte contre la corruption toute forme de corruption visée à l'art. 322ter et suivants du *Code pénal suisse (CP) du 21 décembre 1937*⁴¹ et par non-respect des dispositions en matière de lutte contre le travail au noir toute violation des dispositions de la *Loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (LTN) du 17 juin 2005*⁴² ou de la législation d'exécution cantonale. La formulation ouverte permet de tenir compte de futurs développements dans ces domaines juridiques.

Si un soumissionnaire refuse de coopérer aux contrôles effectués par les instances compétentes, l'adjudicateur a le droit de l'exclure de la procédure (let. j). S'appuyant sur le § 8 DEMP, la let. n stipule qu'un soumissionnaire préimpliqué dans la préparation des documents d'appel d'offres, et

⁴⁰ RS 134.110.

⁴¹ RS 311.

⁴² RS 811.14.

dont l'avance en termes de connaissances par rapport aux autres concurrents ne peut plus être compensée, doit être exclu de la procédure.

Une nouveauté fondamentale résultant de l'art. VIII:4 AMP 2012 est que le pouvoir adjudicateur peut prendre dûment en compte des expériences négatives en relation avec des marchés antérieurs (let. m) ou les conclusions de la Commission de la concurrence (accords de soumission, collusion) (let. l).

Selon les termes de l'AMP 2012, un enfreint fautif au contrat sur un point subalterne n'entraîne pas l'exclusion du soumissionnaire, même si ce manquement s'est répété.⁴³

Le «degré d'illicéité» des circonstances ayant entraîné exclusion peut varier sensiblement. Interviennent non seulement la condamnation entrée en force du soumissionnaire ou de ses organes pour un crime en lien avec un marché public (let. d), mais aussi le fait qu'un soumissionnaire montre d'une autre manière qu'il n'est pas un partenaire fiable et digne de confiance (let. m 2^e phrase). Ce dernier point est une disposition subsidiaire classique. Son utilisation implique une minutieuse pesée des intérêts. En ce qui concerne les autres motifs d'exclusion, il importe toujours de prendre en considération le principe de proportionnalité et l'interdiction de tout formalisme excessif (let. b).

Art. 45 Sanctions

Les sanctions applicables dans le cadre de marchés publics ne se limitent pas à la possibilité d'exclure un soumissionnaire de la procédure et de lui infliger une amende. Un instrument efficace doit englober la possibilité de radier un soumissionnaire d'un registre officiel ou de révoquer une adjudication ayant déjà eu lieu. Par ailleurs, dans certains cas il peut s'avérer judicieux d'interrompre l'appel d'offres.

Alinéas 1 et 2

En cas d'infraction grave, il peut s'avérer nécessaire d'adresser un avertissement au soumissionnaire, de lui imposer une amende ou de l'exclure de futurs marchés publics. Ces possibilités de sanctions sont applicables séparément ou de façon cumulative. Ces sanctions doivent pouvoir être adoptées sans préjudice de la prise d'autres mesures juridiques à l'encontre du soumissionnaire fautif. Dans ce contexte, il convient de penser aux enquêtes et sanctions des autorités de la concurrence, des autorités de poursuite pénale ou de commissions paritaires, si elles ne constituent pas la condition préalable à l'imposition d'une sanction en vertu de la présente disposition.

Conformément au principe de légalité, les sanctions doivent être réglées dans une loi au sens formel. Les avertissements seront émis par écrit, en réaction à des infractions commises pour la première fois, n'appelant pas de sanctions plus poussées.

Lors de l'infliction d'une amende, il y a lieu de prendre en compte à la fois le principe fondamental *ne bis in idem* (il existe déjà des normes pénales spéciales pour des cas spécifiques) et la maxime d'instruction. Par ailleurs, l'application d'une sanction implique la culpabilité établie du fautif, bien que la violation par négligence suffise dans la plupart des cas (non-respect des prescriptions relatives à la protection des travailleurs, p. ex.). Le soumissionnaire est libre d'utiliser les voies de recours contre l'adoption d'une sanction énoncées dans le présent Accord intercantonal (cf. art 53

⁴³ Cf. Stöckli/Beyeler, Neues GPA, neue Urteile, neue Tendenzen, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg), Aktuelles Vergaberecht 2012, Zürich 2012, S. 36.

al. 1 let. g). Au moment d'adopter une décision imposant une sanction, l'adjudicateur prendra en considération le principe de proportionnalité et la gravité de la faute.

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.

Alinéa 3

Si les conditions visées aux al. 1 et 2 sont remplies par des tiers (partenaires de consortium, sous-traitants) ou leurs organes, les mêmes sanctions que celles infligées au soumissionnaire sont applicables.

Alinéa 4

Cette disposition constitue une base légale pour la tenue d'une liste centrale des soumissionnaires sanctionnés. Les cantons prévoient une telle liste dans l'AIMP. Les adjudicateurs ou les autorités compétentes en vertu des dispositions légales (gouvernement cantonal, p. ex.) signalent les soumissionnaires fautifs à l'AiMp. Cette liste tenue par l'AiMp n'est pas publique, la protection des données est donc respectée. Les demandes émanant des adjudicateurs doivent toujours porter sur un soumissionnaire spécifique, participant à un appel d'offres donné. Lorsque la durée de la sanction est écoulée, le soumissionnaire concerné est effacé de la liste. Il ne sera donné aucun renseignement sur des sanctions écoulées. La Confédération et les cantons s'échangeront, de manière appropriée, les données collectées. Ainsi, il sera possible de sanctionner toute violation du droit des marchés publics à l'échelle de la Suisse.

Alinéa 5

La référence faite à la compétence en matière de surveillance et d'instruction de l'autorité supérieure en ce qui concerne les pouvoirs adjudicateurs soumis à la surveillance de l'Administration et des associations professionnelles, n'a qu'une valeur déclaratoire. Pour ce qui est des adjudicateurs privés soumis au droit des marchés publics en raison d'un financement public ou d'un contrat de prestations, l'alinéa 5 constitue une base légale pour l'édiction de directives obligatoires. Le contenu de ces directives est dicté par l'Accord intercantonal. Si un adjudicateur contrevient à une ou plusieurs dispositions de l'AIMP, l'autorité cantonale compétente en vertu de la loi d'introduction correspondante a le droit et le devoir d'intervenir. En plus de l'obligation de lancer un appel d'offres, il y a lieu de tenir compte de la nécessité de résilier un contrat dans le respect des délais convenus, en cas de violation de l'AIMP.

Alinéa 6

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 promises 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 l'imposition d'une telle sanction s'appuie sur le droit des subventions ou, subsidiairement, sur des bases juridiques applicables aux subventionneurs. Bien évidemment, d'autres mesures disciplinaires (voire des poursuites pénales, le cas échéant) à l'encontre des personnes concernées sont réservées, et ce, non seulement pour les projets subventionnés, mais aussi pour l'adjudication de marchés par les cantons ou les communes.

Chapitre VII Délais et publications, statistiques

L'art. IX:1 AMP 1994 faisait référence à l'obligation de faire paraître l'avis de marché dans la publication appropriée, indiquée à l'Appendice II, autrement dit la plateforme en ligne simap.ch pour les marchés des adjudicateurs centraux et l'organe de publication officiel pour les cantons et les communes. Par ailleurs, l'art. XVIII AMP 1944 stipulait que cet avis devait paraître dans la publication appropriée 72 jours au plus tard après l'adjudication de chaque marché.

Afin d'améliorer la transparence, l'AMP 2012 introduit un article séparé (VI) «Renseignements sur le système de passation des marchés». Chaque Partie précisera dans l'organe de publication approprié, indiqué à l'Appendice III, le média électronique ou papier dans lequel elle publie les avis requis aux articles VII, IX:7 et XVI:2 AMP 2012, autrement dit les avis de marchés, l'avis d'inscription sur la liste des soumissionnaires à utilisation multiple, l'avis d'adjudication et les informations connexes. L'art. VII:1 AMP 2012 stipule en outre que la publication doit se faire dans un organe largement diffusé et facilement accessible au public, au moins jusqu'à l'expiration du délai qui y est indiqué. L'Art. XVI:3 AMP 2012 contient des dispositions relatives à la conservation des documents, rapports et données qui assurent la traçabilité requise pour les marchés couverts par voie électronique.

Dans le droit en vigueur, il n'existe pas de vue d'ensemble claire des décisions et notifications à faire paraître. Les art. 37 et 38 ainsi que l'art. 48 ont pour but d'y remédier et de mettre en œuvre les exigences de transparence de l'AMP 2012. Parallèlement, l'art. 47 transpose les prescriptions de l'art. XI AMP 2012 en ce qui concerne la réduction des délais minimaux.

Art. 46 Délais

Alinéa 1

Le volume et la complexité des marchés soumis aux accords internationaux peuvent varier considérablement. L'Accord intercantonal prévoit donc uniquement des délais minimaux. Il convient de rallonger ces délais de manière appropriée en cas de marchés de grande importance. Cette disposition figure déjà au § 19 DEMP.

Alinéa 2

Les délais minimaux pour les marchés soumis aux accords internationaux dans le cadre d'une procédure ouverte se fondent sur l'art. XI:3 let. a AMP 2012. Le délai de 40 jours est également applicable depuis la date de la publication de rectifications ; dans ce cas, il commence à courir à nouveau. Cette disposition figure déjà au § 19 DEMP.

Alinéa 3

Contrairement aux réductions de délais, les prolongations de délais au gré du pouvoir adjudicateur sont possibles sans restrictions, pour autant qu'elles soient appliquées de manière égalitaire. Cette disposition figure déjà au § 18 al. 2 DEMP.

Alinéa 4

En ce qui concerne les marchés qui ne tombent pas dans le champ d'application des accords internationaux, le délai de remise des offres est en général de 20 jours. Cette disposition figure déjà au § 20 DEMP.

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

Alinéa 1

Lorsqu'un marché est publié par voie électronique, que les documents de l'appel d'offres sont si-

multanément mis à disposition par voie électronique et que les offres transmises par voie électronique sont acceptées, le délai minimal de 40 jours pour la remise des offres peut être raccourci de 5 jours par condition rempliche, soit au total de 15 jours (art. XI:5 AMP 2012).

Alinéas 2 à 4

D'autres réductions (au plus à 10 jours) pour la remise des offres sont possibles si l'adjudicateur a publié un avis préalable au plus tard 40 jours et au plus tôt 12 mois avant la publication de l'appel d'offres ou, à condition qu'il ait annoncé cette réduction de délai dans un précédent appel d'offres, s'il s'agit d'un marché répétitif. Cette disposition figure déjà au §19 al. 2 DEMP.

Alinéa 5

Cette disposition singulière, applicable à l'achat de marchandises ou de services commerciaux, reprend l'art. XI AMP 2012. Si d'autres raisons justifient une réduction à 10 jours, l'art. XI:7 AMP 2012 ne s'y oppose pas.

Art. 48 Publications

Alinéa 1

L'utilisation de technologies modernes de l'information améliore la transparence des marchés publics et facilite l'entrée sur le marché. Dorénavant, l'appel d'offres, l'adjudication et l'interruption d'une procédure seront publiés sur une plateforme Internet dédiée aux marchés publics et exploitée conjointement par la Confédération et les cantons. Aujourd'hui, il s'agit en l'occurrence de la plateforme simap.ch. En raison de l'évolution très rapide des noms de domaine et de la cyberadministration, la plateforme de publication n'a, à dessein, pas été mentionnée dans la loi.

C'est l'association Simap.ch (Système d'information sur les marchés publics en Suisse) qui s'occupe de la plateforme simap.ch et en est responsable. La Confédération et tous les cantons en sont membres. Ces derniers contribuent à son financement sur la base du nombre d'habitants. Presque tous les cantons et un grand nombre de villes suisses utilisent déjà cette plateforme Internet comme organe de publication. Les prescriptions de l'art. VII:1 AMP 2012 sont ainsi respectées.

En règle générale, les documents d'appel d'offres sont mis à disposition en même temps que ce dernier, et également sous forme électronique. Si les documents d'appel d'offres ne sont pas rendus publics lors de la publication de l'appel d'offres conformément aux termes de l'alinéa 1, l'adjudicateur veillera à ce que tous les soumissionnaires les reçoivent en même temps.

L'accès aux appels d'offres et adjudications est gratuit. Des émoluments couvrant les frais peuvent être perçus pour des prestations supplémentaires (dépôt de justificatifs d'aptitude ou e-filing des offres).

Alinéa 2

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 lieu toutefois de prendre en considération la langue du lieu où sera exécuté le marché.

Alinéa 3

Pour les marchés soumis aux accords internationaux, il importe d'ajouter au moins un résumé de l'appel d'offres en français (langue officielle de l'OMC), lorsque l'appel d'offres n'est pas rédigé dans cette langue.

Alinéa 4

En outre, conformément à l'AMP 2012, la publication de l'adjudication d'un marché soumis aux

accords internationaux doit avoir lieu dans les 72 jours qui suivent l'adoption de la décision d'adjudication. La disposition énoncée à l'art. XVI:2 AMP 2012 vise à garantir le respect d'une transparence minimale des adjudications et non les voies de droit. En Suisse, la pratique de la publication simultanée et de l'ouverture individuelle des adjudications s'est imposée. Cette disposition est déjà mentionnée à l'adresse des cantons au § 34 DEMP.

Alinéa 5

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

Art. 49 Conservation des documents

Alinéas 1 et 2

L'art. XX:4 AMP 1994 prévoyait déjà que la «documentation relative à tous les aspects de la passation des marchés» devait être conservée trois ans. L'art. XVI:3 AMP 2012 va dans le même sens. L'obligation de conservation concerne tous les documents permettant de reconstituer clairement le déroulement de la procédure et attestant de la régularité de l'adjudication. Le délai de trois ans court à partir de l'entrée en force de la décision d'adjudication ou de celle de la décision clôturant la procédure. Cette disposition se retrouve de manière similaire au § 40 DEMP.

Art. 50 Statistiques

L'AMP 1994 prévoyait déjà l'obligation pour les Etats Parties à l'Accord de tenir des statistiques sur leurs marchés (art. XIX:5). De telles statistiques ne sont pas une fin en soi. Elles permettent de vérifier, sur la base de données anonymes agrégées, le respect des engagements pris du point de vue du droit international.

Les exigences internationales en matière de relevés statistiques posées aux pouvoirs adjudicateurs centraux et sous-centraux ne sont pas les mêmes. L'art. XVI:4 AMP 2012 normalise la teneur minimale. Les rapports couvrent une période d'un an et doivent être remis dans les deux ans qui suivent la période sous revue. En ce qui concerne les pouvoirs adjudicateurs cantonaux visés aux annexes 2 et 3 AMP 2012, les rapports doivent mentionner le nombre et la valeur totale de tous les marchés publics couverts par l'Accord, pour chaque annexe.

Alinéa 1

Cette disposition prévoit que les cantons – y compris les adjudicateurs opérant sur des secteurs – établissent, dans un délai de douze mois à compter de la fin d'une année civile, à l'intention du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), une statistique sur les marchés adjugés au cours de l'année précédente. Cette statistique ne concerne que les marchés soumis aux accords internationaux ; elle est réalisée par voie électronique et soumise périodiquement au Comité des marchés publics (art. XXI AMP 2012).

Alinéas 2 et 3

En plus du nombre et de la valeur totale des marchés publics, cette statistique précise le nombre et la valeur totale des marchés publics soumis aux accords internationaux ayant été adjugés de gré à gré (exceptions selon art. 21 al. 2).

Alinéa 4

Le SECO publie la statistique, sous réserve des précautions nécessaires à la protection du secret de fonction et à la préservation des secrets d'affaires.

Chapitre VIII Voies de droit

A l'instar de l'AMP 1994, l'AMP 2012 prévoit à l'art. XVIII que les Etats signataires de l'Accord établiront «une procédure de recours administratif ou judiciaire s'appliquant en temps opportun, efficace, transparente et non discriminatoire» permettant aux soumissionnaires de déposer un recours contre des violations du droit supposées. L'AMP 1994 ne réglait la procédure de recours que de manière rudimentaire (art. XX) et laissait le champ largement libre au droit national. L'art. XVIII AMP 2012 est à peine plus détaillé. L'AMP 1994 (Art. XX:7) et l'AMP 2012 (art. XVI:7) laissent par exemple un important pouvoir discrétionnaire – malgré sa portée majeure – aux Etats signataires de l'Accord pour déterminer si un recours contre une décision d'adjudication aura un effet suspensif ou pas.

N'étant pas assujettie à la LMI, la Confédération ne connaît pas les voies de droit pour les marchés non soumis aux accords internationaux. Le projet de loi ouvre désormais l'accès au tribunal pour tous les marchés affichant une valeur supérieure à 150 000 francs. Les voies de droit sont ainsi considérablement élargies – ce qui répond au souci d'harmonisation.

Art. 51 Notification des décisions

Alinéa 1

Un grand nombre d'acteurs participent aux procédures ouvertes et sélectives. Le lancement de l'appel d'offres, l'adjudication (y compris pour les marchés de gré à gré selon l'art. 21 al. 2) et l'interruption de la procédure (art. 43) font toujours l'objet d'une publication. Pour toutes les autres décisions, l'adjudicateur est libre de choisir s'il souhaite les notifier de manière individuelle ou les publier sur la plateforme électronique. Etant donné le caractère spécifique de la procédure et en raison de la protection des secrets d'affaires, le soumissionnaire n'a pas droit à être entendu durant la procédure de décision.

Alinéa 2

Le droit des traités internationaux (art. XVI:1 AMP 2012) exige que l'adjudicateur expose brièvement, sur demande, à un soumissionnaire les raisons pour lesquelles son offre n'a pas été retenue. La simple indication du fait que le marché a été adjugé à l'offre économiquement la plus avantageuse ne suffit pas.

Dorénavant, toutes les décisions doivent être fondées sommairement, sans qu'il y ait besoin de faire une demande concrète. La justification de l'adjudication mentionnera par exemple brièvement, en relation avec les critères d'adjudication, les avantages décisifs de l'offre retenue. Cette justification doit permettre aux soumissionnaires n'ayant pas remporté le marché, de bien comprendre la décision d'adjudication dans ses grandes lignes.

Si la publication de la décision sur simap.ch ne contient aucune justification sommaire, le délai de recours visé à l'art. 56 al. 1 ne sera pas déclenché. Il commencera à courir au moment de la notification individuelle de la décision justifiée.

Alinéa 3

La teneur minimale de la justification d'adjudication est dictée par l'art. XVI:1 AMP 2012. Chaque soumissionnaire a le droit de connaître les «raisons...» pour lesquelles l'adjudicateur «...n'a pas retenu sa soumission» et les «avantages relatifs de la soumission du fournisseur retenu» – deux faces de la même médaille. Pour une décision d'adjudication publiée régulièrement, on se limitera aux avantages de l'offre retenue. Dans les communications individuelles, les relatives faiblesses de l'offre du soumissionnaire n'ayant pas remporté le marché peuvent également être abordées.

Alinéa 4

Les offres soumises dans le cadre d'un appel d'offres public renferment souvent des secrets d'affaires. C'est pourquoi la consultation des offres concurrentes est interdite. De même, en rédigeant la justification sommaire, il importe de préserver les secrets d'affaires. Cette raison et d'autres motifs de renonciation à la divulgation de renseignements confidentiels sont déjà énoncés à l'art. XVII:3 AMP 2012.

Art. 52 Recours

Alinéa 1

A l'avenir, le Tribunal administratif cantonal sera la seule instance compétente en la matière. En raison de la judiciarisation croissante des marchés publics et du temps que prennent les procédures de recours, il n'est pas souhaitable d'avoir deux instances dans le système de juridiction. Pour les cas spéciaux de marchés relevant de la juridiction cantonale supérieure, c'est le Tribunal fédéral qui est directement responsable. Désormais, un recours est possible pour une valeur de marché supérieure à 150 000 francs.

Alinéa 2

Indépendamment de la valeur du marché, les soumissionnaires peuvent recourir aux voies de droit lorsqu'ils sont inscrits sur une liste ou radiés d'une liste ou s'ils sont sanctionnés conformément à l'art. 45 (p. ex. interdiction de participer à de futurs marchés).

Alinéa 3

Conformément à l'art. 89 al. 2 let. a LTF, le département compétent a qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral lorsqu'une décision viole la législation fédérale dans son domaine d'attributions. L'art. 9 al. 2bis LMI a attribué ce droit de recours à la Commission de la concurrence et l'a élargi aux procédures de recours cantonales. Par le passé, cette disposition n'a pas acquis une grande importance. Dans la mesure où, à l'avenir, les exigences tant juridiques-matérielles que juridiques-procédurales posées aux marchés publics seront canalisées dans l'AIMP, il est justifié de réglementer les voies de droit de manière uniforme. C'est pourquoi le projet prévoit un droit de recours des autorités qui, selon la variante, peut être utilisé par la Commission de la concurrence ou par l'Autorité intercantonale pour les marchés publics. Les recours des autorités contribuent à une application harmonisée du droit matériel et représentent, en relation avec des tâches d'exécution décentralisées, un instrument particulièrement bien adapté pour garantir une pratique d'exécution uniforme. Etant donné que le droit de recours est limité à des requêtes en constatation, les décisions d'adjudication ne seront pas retardées.

Alinéa 4

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

Art. 53 Objets du recours

Alinéa 1

Les objets de recours sont énumérés de manière exhaustive à l'alinéa 1. D'autres décisions incidentes ne peuvent être attaquées, même si du point de vue du recourant elles entraînent un préjudice irréparable. Notamment les «mises à l'écart» (l'offre d'un soumissionnaire n'est pas étudiée plus avant jusqu'au moment de l'adjudication) ne sont pas attaquables.

L'appel d'offres (let. a) englobe les rectifications. L'exclusion d'une procédure (let. f) inclut la réduction du nombre de participants dans le cadre d'un dialogue ou d'une enchère électronique.

Alinéa 2

L'obligation de faire valoir immédiatement tout grief contre les prescriptions figurant dans les documents d'appel d'offres correspond au principe du fair-play. Autrement dit, dans un recours contre l'adjudication, un soumissionnaire ne pourra plus faire valoir des griefs qu'il aurait pu invoquer lors d'un recours contre l'appel d'offres. En renonçant à contester l'appel d'offres, il perd son droit de recours.

La situation juridique est un peu plus complexe en ce qui concerne des prescriptions ne figurant pas dans l'appel d'offres à proprement parler, mais dans les documents d'appel d'offres. La jurisprudence fédérale considère que ces derniers font «partie intégrante de l'appel d'offres»⁴⁴ (la pratique de l'ancienne Commission fédérale de recours en matière de marchés publics était différente⁴⁵).

D'une part, cela correspond au besoin du pouvoir adjudicateur d'exiger des soumissionnaires le respect de certaines instructions, si ces derniers ne les remettent pas immédiatement en question. L'obligation de réclamation des soumissionnaires participant à la procédure (comportement suivant les règles de la bonne foi) sert cet objectif. D'autre part, les soumissionnaires doivent pouvoir déterminer sur la base de l'appel d'offres public si un marché publié est intéressant pour eux. Selon la jurisprudence actuelle du Tribunal administratif fédéral, il y a communication tardive des griefs, si le sens et la portée de la prescription du pouvoir adjudicateur incriminée étaient aisément reconnaissables à une date antérieure. Cette pratique n'est toutefois valable que si les «règles du jeu» ne sont pas inhabituelles et n'apparaissent pas dans les documents de l'appel d'offres – ce qui fait que le soumissionnaire n'a aucune raison de soumettre ces documents à un examen approfondi sur le plan juridique déjà à un stade précoce.⁴⁶

Alinéa 3

Les sanctions en relation avec les marchés publics, telles que l'exclusion ou la suspension s'inscrivent dans le cadre de procédures pénales administratives. De ce fait, les dispositions spécifiques du droit des marchés publics visant à accélérer les procédures et à garantir la sécurité du droit ne peuvent être transposées telles quelles. Il faut accorder plus de poids à la protection juridique des personnes sanctionnées.

C'est pourquoi les dispositions du présent accord relatives au droit d'être entendu dans le cadre de la procédure de décision, à l'effet suspensif et à la restriction des motifs de recours ne sont pas applicables aux recours contre les sanctions selon l'art. 45. En l'occurrence, ce sont le droit régissant les procédures administratives et les règles de procédure du droit pénal administratif qui sont applicables.

Le délai de recours contre les sanctions est déterminé par l'art. 56 et s'élève à 20 jours.

Alinéa 4

Pour les marchés publics dont la valeur est inférieure à 150 000 francs, le recours aux voies de droit n'est pas possible. Du point de vue des soumissionnaires, le fait que le marché soit mis au concours en vertu de la LMP ou de l'AIMP ne fait aucune différence. La question des voies de droit est traitée de la même manière, par souci d'harmonisation entre la Confédération et les cantons. La Confédération prévoit des adaptations de la LMI allant dans ce sens.

⁴⁴ Cf. ATF 129 I 313; jugement TF 2C_225/2009 du 16 octobre 2009, consid. 4.2.

⁴⁵ Cf. CRM 2001-011 du 16 novembre 2001, consid. 3b.

⁴⁶ Cf. TAF A-738/2012 du 14 juin 2012, consid. 3.1 et 4.4.

Art. 54 Effet suspensif

Alinéa 1

L'AMP 2012 (art. XVI:7) laisse aux Etat signataires le soin de décider si la procédure d'examen aura un effet suspensif ou pas. Le souci de praticabilité, essentiellement, s'y oppose. Si un recours devait suspendre automatiquement la force exécutoire de la décision d'adjudication et empêcher la conclusion du contrat jusqu'à la décision rendue par l'autorité de recours, cela risquerait d'entraîner des retards et des surcoûts considérables pour le marché visé. La situation serait tout aussi défavorable au soumissionnaire ayant remporté le marché. C'est pourquoi le droit actuel exclut cet automatisme (art. 17 AIMP).

Alinéa 2

Sous le régime de l'AIMP s'est développée la pratique de renonciation à l'adjudication d'un marché durant le délai de recours. La période de gel dure jusqu'au moment où un pouvoir adjudicateur peut raisonnablement partir du principe qu'aucun recours ni aucune demande d'effet suspensif n'ont été déposés. En cas de doute, il y a lieu de vérifier auprès du tribunal compétent. (cf. également l'art. 42 al. 1).

Alinéa 3

Bien souvent, les tribunaux donnent une suite favorable à une demande d'octroi d'effet suspensif, par le biais d'une décision superprovisionnelle jusqu'à la prise de position du pouvoir adjudicateur. Tant que la mesure superprovisionnelle est appliquée, il est interdit de conclure le contrat et d'entreprendre quoi que ce soit de préjudiciable à la décision d'adjudication. Dès réception de la prise de position, le tribunal statue sur le maintien éventuel de la mesure superprovisionnelle.

Alinéa 4

Si une suite favorable est donnée à une demande d'effet suspensif, cela peut engendrer un retard de plusieurs mois voire plusieurs années pour les projets d'acquisition. Ce qui entraînerait des dommages tant pour l'adjudicateur que pour l'adjudicataire qui devrait réserver certaines ressources. Il est possible de faire valoir ces dommages en vertu du droit privé fédéral. A cet effet, l'alinéa 4 renferme une norme de protection, interdisant tout recours abusif ou déloyal, purement dilatoire p. ex.

Art. 55 Droit applicable

La procédure de décision et de recours se conforme aux dispositions générales de la loi cantonale en matière de juridiction administrative cantonale, sous réserve de dispositions contraires du présent accord. Par souci d'harmonisation de la procédure administrative, il importe de ne prévoir des écarts par rapport aux règles générales que si la procédure d'adjudication du marché l'exige impérativement.

Art. 56 Délais et motifs de recours

Alinéa 1

L'art. XVIII:3 AMP 2012 exige un délai suffisamment long pour la préparation et le dépôt d'un recours. Au moins 10 jours à compter du moment où le motif du recours est connu ou devrait raisonnablement être connu. Le «motif du recours» ne saurait se résumer au fait qu'un soumissionnaire n'a pas été retenu pour l'adjudication. Les raisons ayant déterminé la décision doivent être connues.

Le délai est limité par l'obligation d'accélérer les procédures et le souci de mener à bien l'opération d'acquisition rapidement. D'un autre côté, un délai de recours trop bref augmente le risque de «plaintes spontanées» non justifiées. Tout bien considéré, un délai de 20 jours semble approprié du point de vue des cantons. Ce délai s'aligne sur la réglementation de la Confédération.

Alinéa 2

Les fêtes judiciaires ne s'appliquent pas à une procédure de recours concernant des marchés publics. Les délais courent donc indépendamment de «closed periods» éventuelles. Cette disposition correspond à la réglementation en vigueur (cf. art. 15 al. 2^{bis} AIMP).

Alinéas 3 et 4

Dans la procédure de recours, les griefs sont restreints à la violation du droit et aux erreurs d'appréciation (excès, sous-exploitation, abus du pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur). Il n'est pas possible d'invoquer l'inopportunité de l'adjudication dans le cadre de la procédure de recours. Cette disposition correspond à la réglementation en vigueur (art. 16 AIMP). 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 la loi peut être contesté si des exigences de forme n'ont pas été respectées ou si une pondération erronée des critères a eu lieu. Par contre, un examen de l'adéquation de l'adjudication, notamment de la procédure d'évaluation, n'est pas possible (en raison de l'absence de justiciabilité des critères techniques et économiques).

Alinéa 5

Conformément à l'article 21, le seul grief susceptible d'être invoqué dans la procédure de gré à gré est le choix de la mauvaise procédure.

Art. 57 Consultation du dossier

Alinéa 1

Au cours de la procédure de décision, les soumissionnaires n'ont pas le droit de consulter le dossier. Cette interdiction s'explique en relation avec les secrets d'affaires et la protection d'une concurrence efficace entre soumissionnaires. Au plus tard après l'adjudication, les soumissionnaires peuvent sur demande consulter le procès-verbal d'ouverture des offres.

Alinéa 2

Le droit de consulter le dossier est applicable durant la procédure de recours. Pour ce faire, il faut que le recourant ait déposé une demande au préalable. Ce droit se limite à la consultation de l'évaluation de son offre et à d'autres pièces pertinentes. Il convient de prendre ici en considération les intérêts spécifiques mis en évidence lors de la procédure de décision. Il importe notamment de protéger efficacement et de manière appropriée les droits de tiers, en masquant p. ex. les passages correspondants.

Art. 58 Décision sur recours

Alinéa 1

Le tribunal peut statuer lui-même sur le dossier ou renvoyer l'objet du litige, avec des instructions impératives, à l'instance précédente ou à l'adjudicateur. Il y a lieu de décider au coup par coup quelle marche à suivre il convient d'adopter pour la procédure concernée. Lorsqu'une décision est entachée de vices de forme irrémédiables, l'annulation et la répétition de l'appel d'offres seront inévitables (dès l'instant où l'erreur a été commise). Une attribution du marché au recourant ne sera possible que sous forme de liquidités. Si la situation nécessite des clarifications supplémentaires, la seule possibilité reste le renvoi.

Alinéa 2

Si le contrat est conclu et que le tribunal accepte le recours, il ne peut que constater le caractère illicite de la décision contestée («régime de la responsabilité de l'Etat»). Dans ce cas, une annulation de l'adjudication, qui a déjà été consommée par un contrat de droit privé, ne permettrait pas d'atteindre l'objectif visé. Pour raisons de compétence, le juge administratif n'a pas le droit d'intervenir dans un contrat privé. Le recourant n'a alors que la possibilité de demander des dommages et intérêts. Si le contrat a été conclu de manière prématurée ou s'il n'a été, à tort, précédé par aucun appel d'offres, le juge peut demander à l'adjudicateur de résilier le contrat (conformément aux termes de ce dernier) à la première échéance possible et de mettre au concours, dans les règles, l'objet du marché.

Alinéa 3

Jusqu'à présent, les demandes en dommages-intérêts étaient engagées sous le régime de la responsabilité de l'Etat dans le cadre d'une procédure séparée, conformément à la législation cantonale ou fédérale (droit de la responsabilité de l'Etat). Dorénavant, en ce qui concerne la demande de dommages-intérêts, l'alinéa 3 autorise qu'un jugement soit rendu «par adhésion» devant la même instance. Cela permet d'éviter toute redondance et des coûts de transaction superflus. Condition préalable à remplir : dommages-intérêts sous forme de liquidités.

Alinéa 4

La restriction concernant la créance compensatrice est maintenue. Seules les dépenses engagées par le soumissionnaire en relation avec la préparation et la remise de l'offre seront remboursées. Cela n'englobe pas la totalité de l'intérêt négatif. L'autorité de recours ne peut octroyer d'autres postes de dommages. Toutefois, un soumissionnaire a le droit, à certaines conditions, de faire valoir la violation du principe de la bonne foi (culpa in contrahendo) – une prétention qui sera jugée par la juridiction civile.

Art. 59 Révision

En général, lorsque l'on en arrive à une demande en révision, le contrat a 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 responsabilité de droit public peut être invoquée.

Chapitre IX. Autorités

Art. 60 Organes

Alinéa 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 au nom des cantons parties, qu'ils représentent.

Alinéa 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 la réception et le traitement initial des demandes d'exemption des adjudicateurs de l'assujettissement au droit des marchés publics (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. L'Autorité intercantonale règle par ailleurs l'organisation et la procédure d'application du présent accord (let. g), agit comme organe de contact (let. g) et désigne les délégués cantonaux aux commissions / conférences nationales et internationales (let. h).

Alinéa 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 soit représentée.

Alinéa 4

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

Art. 61 Contrôles

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.

Chapitre X Dispositions finales

Art. 62 Adhésion, dénonciation, modification et annulation

Alinéa 1

Chaque canton peut adhérer au présent accord par simple déclaration adressée à l'Autorité intercantonale. Au préalable, chaque canton initie 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.

Alinéa 2

Toute dénonciation peut avoir lieu avant la fin de l'année calendaire, en respectant un préavis de six mois pour en informer l'Autorité intercantonale.

Alinéa 3

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

Art. 63 Droit transitoire

Alinéa 1

Dès qu'un canton a ratifié l'accord intercantonal révisé, ce dernier devient applicable à tous les marchés mis en soumission ou, si aucun appel d'offres n'a été lancé, à tous les marchés adjugés après son entrée en vigueur. Cette disposition correspond au droit actuel (art. 22 al. 1 AIMP).

Alinéa 2

Toute dénonciation peut avoir lieu avant la fin de l'année calendaire. Le présent accord s'applique

donc aux marchés adjugés avant la fin de l'année civile pour laquelle la dénonciation est applicable.

Art. 64 Entrée en vigueur

Conformément à l'art. 48 al. 3 Cst, les contrats passés 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. Ils doivent être portés à la connaissance de la Confédération..

Conformément à l'art. 61c de la *Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA) du 21 mars 1997*⁴⁷, dorénavant les cantons sont uniquement tenus d'informer la Confédération. Ce devoir d'information constitue la base de toute procédure d'opposition éventuelle.⁴⁸ La Confédération peut faire opposition en vertu de l'art. 186 al. 3 Cst, et un canton, en vertu de l'art. 172 al. 3 Cst. Conformément à l'art. 62 al. 1 LOGA, la Confédération informe dans la Feuille fédérale sur les marchés qui ont été portés à sa connaissance.

Alinéa 1

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

Alinéa 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. Le droit international est également applicable.⁴⁹ L'objectif étant d'étendre aux 26 cantons le nouveau champ d'application.

Annexes:

Annexe 1: Valeurs-seuils pour les marchés soumis aux accords internationaux

Annexe 2: Valeurs-seuils pour les marchés non soumis aux accords internationaux

Annexe 3: Conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT)

⁴⁷ RS 172.010

⁴⁸ Biaggini, Commentaire de la Constitution fédérale, art. 48 N 13.

⁴⁹ Cf. art. 40 al. 4 en relation avec l'art. 30 al. 4 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969; RS 0.111.