



Rapport sur les résultats de la procédure de consultation concernant la révision de la loi fédérale et de l'ordonnance sur les marchés publics (LMP / OMP) et l'ordonnance sur les valeurs seuils applicables aux marchés publics (OVS)

23 novembre 2016

Table des matières

1.	Contexte	1
2.	Buts de la révision	1
2.1.	Mise en œuvre de l'AMP 2012	1
2.2.	Harmonisation du droit national des marchés publics	1
2.3.	Clarifier et structurer	2
2.4.	Flexibiliser et moderniser	2
3.	Procédure de consultation et évaluation	2
3.1.	Consultation	2
3.2.	Participants	2
3.3.	Méthode d'évaluation	3
4.	Résumé des grands thèmes de la consultation	4
4.1.	Avis global sur les projets	4
4.2.	Harmonisation	4
4.3.	Voies de droit	5
4.4.	Négociations	6
4.5.	Principe du lieu d'exécution ou du lieu de provenance	6
4.6.	Structure et compréhensibilité	6
4.7.	Conséquences sur les charges administratives des soumissionnaires	7
4.8.	Dispositions relatives aux langues des procédures	8
4.9.	Droit de regard	9
4.10.	Développement durable	9
4.11.	Autres réactions	9
5.	Avis relatifs aux dispositions de l'AP-LMP	10
5.1.	Remarques préliminaires	10
5.2.	Chapitre 1 But et définitions	10
5.2.1.	<i>Art. 1 But</i>	10

5.2.2.	<i>Art. 2 Définitions</i>	12
5.3.	Chapitre 2 Champ d'application	14
5.3.1.	<i>Art. 3 Principe</i>	14
5.3.2.	<i>Art. 4 Adjudicateurs</i>	14
5.3.3.	<i>Art. 5 Droit applicable</i>	15
5.3.4.	<i>Art. 6 Soumissionnaires</i>	16
5.3.5.	<i>Art. 7 Exemption des adjudicateurs opérant dans les secteurs</i>	16
5.3.6.	<i>Art. 8 Marché public</i>	16
5.3.7.	<i>Art. 9 Types de marchés</i>	17
5.3.8.	<i>Art. 10 Valeurs seuils</i>	17
5.3.9.	<i>Art. 11 Marchés non soumis aux accords internationaux</i>	18
5.3.10.	<i>Art. 12 Exceptions</i>	19
5.4.	Chapitre 3 Principes généraux	22
5.4.1.	<i>Art. 13 Principes régissant la procédure</i>	22
5.4.2.	<i>Art. 14 Respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et des conditions de travail</i>	23
5.4.3.	<i>Art. 15 Récusation</i>	25
5.4.4.	<i>Art. 16 Préimplication</i>	26
5.4.5.	<i>Art. 17 Détermination de la valeur du marché</i>	26
5.4.6.	<i>Art. 18 Droit de regard</i>	27
5.5.	Chapitre 4 Procédures d'adjudication	27
5.5.1.	<i>Art. 19 Types de procédures</i>	27
5.5.2.	<i>Art. 20 Procédure ouverte</i>	28
5.5.3.	<i>Art. 21 Procédure sélective</i>	28
5.5.4.	<i>Art. 22 Procédure sur invitation</i>	28
5.5.5.	<i>Art. 23 Procédure de gré à gré</i>	29
5.5.6.	<i>Art. 24 Concours d'études et concours portant sur les études et la réalisation</i>	31
5.5.7.	<i>Art. 25 Enchères électroniques</i>	32
5.5.8.	<i>Art. 26 Négociations</i>	32
5.5.9.	<i>Art. 27 Annonce et procès-verbal</i>	33
5.5.10.	<i>Art. 28 Dialogue</i>	34
5.5.11.	<i>Art. 29 Contrats-cadres</i>	35
5.6.	Chapitre 5 Exigences de l'adjudication	37
5.6.1.	<i>Art. 30 Conditions de participation</i>	37
5.6.2.	<i>Art. 31 Critères d'aptitude</i>	39
5.6.3.	<i>Art. 32 Listes</i>	40

5.6.4.	<i>Art. 33 Critères d'adjudication</i>	41
5.6.5.	<i>Art. 34 Spécifications techniques</i>	43
5.6.6.	<i>Art. 35 Consortiums et sous-traitants</i>	45
5.6.7.	<i>Art. 36 Lots et prestations partielles</i>	46
5.6.8.	<i>Art. 37 Variantes</i>	47
5.6.9.	<i>Art. 38 Exigences de forme</i>	47
5.7.	Chapitre 6 Déroulement de la procédure d'adjudication	47
5.7.1.	<i>Art. 39 Contenu de l'appel d'offres</i>	47
5.7.2.	<i>Art. 40 Contenu des documents d'appel d'offres</i>	48
5.7.3.	<i>Art. 41 Ouverture des offres</i>	49
5.7.4.	<i>Art. 42 Examen et évaluation des offres</i>	49
5.7.5.	<i>Art. 43 Adjudication</i>	51
5.7.6.	<i>Art. 44 Conclusion du contrat</i>	52
5.7.7.	<i>Art. 45 Interruption de la procédure d'adjudication</i>	52
5.7.8.	<i>Art. 46 Exclusion de la procédure et révocation de l'adjudication</i>	53
5.7.9.	<i>Art. 47 Sanctions</i>	55
5.8.	Chapitre 7 Délais et publications, statistiques	56
5.8.1.	<i>Art. 48 Délais</i>	56
5.8.2.	<i>Art. 49 Réduction des délais pour les marchés soumis aux accords internationaux</i>	56
5.8.3.	<i>Art. 50 Publications</i>	57
5.8.4.	<i>Art. 51 Conservation des documents</i>	58
5.8.5.	<i>Art. 52 Statistiques</i>	59
5.9.	Chapitre 8 Voies de droit.....	59
5.9.1.	<i>Art. 53 Notification des décisions</i>	59
5.9.2.	<i>Art. 54 Recours</i>	60
5.9.3.	<i>Art. 55 Objet du recours</i>	62
5.9.4.	<i>Art. 56 Effet suspensif</i>	62
5.9.5.	<i>Art. 57 Droit applicable</i>	63
5.9.6.	<i>Art. 58 Délai et motifs de recours</i>	63
5.9.7.	<i>Art. 59 Consultation du dossier</i>	63
5.9.8.	<i>Art. 60 Décision sur recours</i>	64
5.9.9.	<i>Art. 61 Révision</i>	64
5.10.	Chapitre 9 Dispositions finales	64
5.10.1.	<i>Art. 62 Exécution</i>	64
5.10.2.	<i>Art. 63 Abrogation et modification d'autres actes</i>	65

5.10.3.	<i>Art. 64 Disposition transitoire</i>	66
5.10.4.	<i>Art. 65 Référendum et entrée en vigueur</i>	66
5.11.	Annexes 4 et 5.....	66
6.	Avis relatifs aux dispositions de l'AP-OMP	67
6.1.	Chapitre 1 Dispositions générales.....	67
6.1.1.	<i>Art. 3 Développement durable</i>	67
6.1.2.	<i>Art. 5 Réciprocité</i>	68
6.2.	Chapitre 2 Exemption du droit des marchés publics.....	68
6.2.1.	<i>Art. 7 Demande d'exemption</i>	68
6.2.2.	<i>Art. 8 Consultation</i>	68
6.2.3.	<i>Art. 10 Décisions de constatation</i>	68
6.3.	Chapitre 3 Principes généraux.....	68
6.3.1.	<i>Art. 11 Mesures contre la corruption</i>	68
6.3.2.	<i>Art. 12 Respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs, des conditions de travail et de l'égalité salariale entre femmes et hommes</i>	69
6.3.3.	<i>Art. 13 Droit de regard</i>	69
6.4.	Chapitre 4 Procédures d'adjudication.....	69
6.4.1.	<i>Art. 15 Procédure sélective</i>	69
6.4.2.	<i>Art. 16 Procédure sur invitation</i>	70
6.4.3.	<i>Art. 17 Procédure de gré à gré</i>	70
6.4.4.	<i>Art. 18 Description de la prestation</i>	70
6.4.5.	<i>Art. 19 Contenu des documents d'appel d'offres</i>	70
6.4.6.	<i>Art. 21 Communications des soumissionnaires</i>	70
6.4.7.	<i>Art. 22 Vérification de l'aptitude</i>	71
6.4.8.	<i>Art. 23 Authentification pour les enchères électroniques</i>	71
6.4.9.	<i>Art. 24 Dialogue</i>	71
6.4.10.	<i>Art. 25 Documentation</i>	71
6.4.11.	<i>Art. 26 Débriefing</i>	71
6.4.12.	<i>Art. 27 Conclusion du contrat</i>	71
6.4.13.	<i>Art. 28 Délais de paiement</i>	71
6.4.14.	<i>Art. 30 Droits de propriété intellectuelle</i>	71
6.4.15.	<i>Art. 31 Liste des soumissionnaires sanctionnés</i>	72
6.5.	Chapitre 5 Publications et statistiques.....	72
6.5.1.	<i>Art. 32 Publications</i>	72
6.6.	Chapitre 6 Concours d'études et concours portant sur les études et la réalisation ...	72

6.6.1.	<i>Art. 34 Objectif</i>	72
6.6.2.	<i>Art. 39 Travaux préparatoires</i>	72
6.6.3.	<i>Art. 41 Encouragement de la relève</i>	73
6.6.4.	<i>Art. 44 Jury</i>	73
6.6.5.	<i>Art. 46 Classement et prix</i>	73
6.6.6.	<i>Art. 49 Droits en matière de concours</i>	73
6.7.	Chapitre 7 Procédure simple et rapide	73
6.7.1.	<i>Art. 53 Procédure</i>	73
6.7.2.	<i>Art. 54 Délais</i>	73
6.7.3.	<i>Art. 56 Décision sur recours</i>	74
6.8.	Chapitre 8 Autorité de surveillance	74
6.9.	Chapitre 9 Dispositions finales	74
6.9.1.	<i>Art. 61 Surveillance</i>	74
6.10.	Annexes.....	74
7.	Avis relatifs à l'ordonnance sur les valeurs seuils applicables aux marchés publics	75
8.	Liste des participants à la consultation	76

Liste des abréviations et désignations courtes

AES	Association des entreprises électriques suisses
AESS	Association des entreprises suisses de services de sécurité
AG	Canton d'Argovie
AHIK	Aargauische Industrie- und Handelskammer
AI	Canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures
AiMp	Autorité intercantonale pour les marchés publics
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics
AMP	Accord de l'OMC sur les marchés publics
AP	avant-projet
AR	Canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures
Association des communes	Association des communes suisses
BE	Canton de Berne
BL	Canton de Bâle-Campagne
BSCI	Business Social Compliance Initiative (nachhaltigwirkt.ch)
Calag Carrosserie	Calag Carrosserie Langenthal AG
CCIG	Chambre de commerce, d'industrie et des services de Genève
CFF	Chemins de fer fédéraux suisses
CHGEOL	Association suisse des géologues
COMCO	Commission de la concurrence
Conseil des EPF	Conseil des Écoles polytechniques fédérales
constructionsuisse	Organisation nationale de la construction
CPS	Cliniques privées suisses
CSDE	Conférence suisse des délégué-e-s à l'égalité entre femmes et hommes
DB	Déclaration de Berne
DTAP	Conférence suisse des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement
economiesuisse	Fédération des entreprises suisses
FAS	Fédération des architectes suisses
FER	Fédération des entreprises romandes
FMB	Fédération Genevoise des métiers du bâtiment
FR	Canton de Fribourg
FVE	Fédération vaudoise des entrepreneurs
GE	Canton de Genève

Gesamtkirchgemeinde Bern	Kommission für Ökumene, Mission und Entwicklungszusammenarbeit der Evang.-ref. Gesamtkirchgemeinde Bern
GL	Canton de Glaris
GSGI	Groupement suisse de la géologie de l'ingénieur
ICT Cluster Bern	tcbe.ch - ICT Cluster Bern
IGS	Ingénieurs-géomètres suisses
IHZ	Industrie- und Handelskammer Zentralschweiz
INVESO	Industrieverband Solothurn und Umgebung
IPI	Institut fédéral de la propriété intellectuelle
JU	Canton du Jura
Lignum	Lignum Économie suisse du bois
Ligue pulmonaire	Ligue pulmonaire suisse
LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
LU	Canton de Lucerne
NE	Canton de Neuchâtel
NW	Canton de Nidwald
OMP	Ordonnance sur les marchés publics
OW	Canton d'Obwald
PDC	Parti démocrate-chrétien suisse
PLR	PLR.Les Libéraux-Radicaux
PS	Parti socialiste suisse
PUBLICA	Caisse fédérale de pensions
Pusch	Fondation suisse pour la pratique environnementale
RAILplus	RAILplus AG
SECO	Secrétariat d'État à l'économie
SG	Canton de Saint-Gall
SH	Canton de Schaffhouse
SIA	Société suisse des ingénieurs et des architectes
SO	Canton de Soleure
SSE	Société suisse des entrepreneurs
SSIC TI	Società svizzera impresari costruttori Sezione Ticino
Suva	Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents
SVIT	Association suisse des professionnels de l'immobilier
Swico	Association économique suisse de la bureautique, de l'informatique, de la télématique et de l'organisation
Swissmem	Industrie suisse des machines, des équipements électriques et des métaux
Swissrail	Swissrail Industry Association
SZ	Canton de Schwyz

TF	Tribunal fédéral
TG	Canton de Thurgovie
TI	Canton du Tessin
UDC	Union démocratique du centre
UR	Canton d'Uri
usam	Union suisse des arts et métiers
usic	Union suisse des sociétés d'ingénieurs-conseils
USIE	Union suisse des installateurs-électriciens
USM	Union suisse du métal
USS	Union syndicale suisse
UVS	Union des villes suisses
VD	Canton de Vaud
Verts	Parti écologiste suisse
VS	Canton du Valais
ZG	Canton de Zoug
ZH	Canton de Zurich

1. Contexte

Le 1^{er} avril 2015, le Conseil fédéral a ouvert la procédure de consultation relative à la révision de la loi fédérale et de l'ordonnance sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1; OMP, RS 172.056.11) et à l'ordonnance sur les valeurs seuils applicables aux marchés publics (RS 172.056.12). Ces projets suscitent un large intérêt, comme en témoignent les 109 avis qui avaient été déposés au terme de la procédure de consultation, le 1^{er} juillet 2015.

À la fin de l'année 2014 a été menée la procédure de consultation concernant la révision de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP, RS 172.056.5). Dans un souci d'harmonisation des législations fédérale et cantonales sur les marchés publics, des projets fondamentalement identiques ont été soumis aux destinataires des deux procédures de consultation. Les milieux intéressés ont ainsi pu comparer directement les deux projets de révision.

2. Buts de la révision

La révision du droit fédéral des marchés publics poursuit principalement deux buts: la mise en œuvre de l'accord révisé de l'OMC sur les marchés publics (AMP 2012) dans le droit suisse et l'harmonisation des législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics.

2.1. Mise en œuvre de l'AMP 2012

Les membres de l'OMC ont adopté l'AMP 2012 le 30 mars 2012. La révision avait avant tout pour but d'améliorer les conditions-cadres de la concurrence. Pour atteindre cet objectif, on a misé principalement sur une transparence accrue et sur une lutte systématique contre les collusions et la corruption, qui faussent massivement la concurrence. On s'est également concentré sur une simplification et une clarification du texte, sur l'adaptation à l'évolution technique et sur l'élargissement du champ d'application à la fois subjectif et objectif de l'accord. L'AMP 2012 couvre par exemple de manière explicite les enchères électroniques, reconnaît la poursuite d'objectifs environnementaux comme critère d'évaluation et améliore les voies de droit ouvertes aux soumissionnaires. Il prévoit en outre des règles concernant la dimension écologique du développement durable dans les marchés publics. La Suisse ne pourra ratifier l'AMP 2012 qu'une fois que le droit national aura été adapté en conséquence. Avant cela, elle ne peut prétendre à ce que les soumissionnaires suisses bénéficient de l'accès, garanti par l'AMP 2012, à un marché étranger élargi. Les projets de LMP et d'OMP révisés et le projet d'ordonnance sur les valeurs seuils applicables aux marchés publics sont destinés à mettre en œuvre l'AMP 2012 dans la législation fédérale. Les cantons ont entrepris de transposer l'AMP 2012 dans l'AIMP, dans le cadre d'une procédure législative parallèle. Nous renvoyons au rapport sur les résultats de la procédure de consultation correspondante¹.

2.2. Harmonisation du droit national des marchés publics

Conformément aux exigences du Parlement et du Conseil fédéral, la révision vise à harmoniser les législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics autant que cela est possible et judicieux. Une telle unification répond aux exigences des milieux écono-

¹ <http://www.bpuk.ch/fr/dtap/concordats/aimp/e-ivoeb>

miques, qui critiquent depuis de nombreuses années le manque de clarté et la forte fragmentation du droit suisse des marchés publics. Le projet de révision permet, dans le respect de la répartition des compétences entre Confédération et cantons, de renforcer la concurrence et la prévention de la corruption, d'accroître la sécurité juridique et de faciliter l'application du droit des marchés publics sur l'ensemble du territoire national. Le projet propose par ailleurs plusieurs nouveautés en relation avec les voies de droit: l'uniformisation de divers éléments – règles de motivation et de notification des décisions, réglementation de l'effet suspensif des recours et plusieurs autres – devrait permettre de canaliser les voies de droit disponibles dans le domaine des marchés publics. L'harmonisation proposée des valeurs seuils déterminantes en matière de voies de droit devrait se traduire par un abaissement de la «*valeur litigieuse minimale*» et par l'extension des voies de droit dans la législation fédérale. Cette extension n'aura toutefois aucune incidence sur les valeurs seuils déterminantes en matière d'appels d'offres. En contrepartie, les cantons souhaitent que de plus larges possibilités de négociations soient prévues dans l'AIMP.

2.3. Clarifier et structurer

Les expériences faites et les développements observés depuis l'entrée en vigueur de la LMP, en 1996, ont donné de précieuses indications en vue de l'optimisation des bases légales et sont dûment pris en compte dans le projet de révision. L'application du droit des marchés publics dans la pratique a notamment montré que certains éléments et certaines notions devaient être clarifiées. Comme l'AMP 2012, la LMP a été complétée par des définitions et sa terminologie adaptée. En particulier la nouvelle réglementation du champ d'application subjectif et la définition de la notion de «marché public» servent à clarifier certaines questions d'assujettissement à la loi. Le volume accru de l'avant-projet de LMP (AP-LMP) par rapport à la LMP en vigueur (quelque 30 articles supplémentaires) s'explique par le fait qu'avec l'avant-projet les dispositions relatives à des questions essentielles actuellement réglées dans l'OMP ont été intégrées dans la loi, soit au niveau approprié.

2.4. Flexibiliser et moderniser

La nouvelle loi entend offrir aux services d'achat et aux soumissionnaires la plus grande marge de manœuvre possible, dans les limites du respect des principes du droit des marchés publics. Sur le plan matériel, les modifications proposées dans l'AP-LMP portent en particulier sur l'adoption d'instruments de mise en œuvre flexibles (par ex. enchères électroniques). C'est ainsi que les instruments prévus dans l'OMP depuis 2010, tels que les marchés subséquents ou encore le dialogue entre adjudicateurs et soumissionnaires et la possibilité de conclure des contrats-cadres devraient être formellement réglés au niveau de la loi.

3. Procédure de consultation et évaluation

3.1. Consultation

Outre les 26 cantons et la Conférence des gouvernements cantonaux, ont été invités à participer à la consultation douze partis politiques, trois associations faïtières des communes, des villes et des régions de montagne, neuf associations faïtières de l'économie et 45 autres milieux intéressés.

3.2. Participants

La consultation a généré 109 avis, un nombre important qui témoigne du grand intérêt que suscite la révision du droit fédéral des marchés publics.

Parmi les acteurs invités à participer à la procédure, 24 cantons, cinq partis politiques, deux associations faîtières des communes, des villes et des régions de montagne, cinq associations faîtières de l'économie et 19 autres milieux intéressés se sont exprimés. Par ailleurs, 53 organisations, institutions et personnes non invitées ont également donné leur avis.

Participants invités:	95
Avis reçus des participants invités:	56
Avis reçus d'autres participants:	53
Total des avis reçus:	109
Participants invités n'ayant pas donné leur avis (ou y ayant explicitement renoncé):	39

Le présent rapport distingue les groupes de participant suivants: cantons, partis politiques, associations économiques et industrielles, organisations non gouvernementales (ONG), Union des villes suisses (UVS), entreprises opérant dans les secteurs, particuliers, autorités (par ex. Tribunal fédéral [TF] et Tribunal administratif fédéral [TAF]) et institutions de l'État ou proches de ce dernier (par ex. la Commission de la concurrence [COMCO], les Chemins de fer fédéraux suisses [CFF], le Conseil des Écoles polytechniques fédérales [Conseil des EPF] et La Poste Suisse SA [la Poste]). Les participants sont généralement cités au moyen de leur sigle officiel lorsqu'il existe (voir liste des abréviations et désignations courtes p. VII ss). La liste détaillée des participants figure au chapitre 8 du présent rapport.

La majorité des cantons renvoient à l'avis de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp), qui ne commente pas une par une les dispositions du projet, mais qui recommande de manière générale que lors de l'examen ultérieur des projets de révision, la Confédération et les cantons gardent le sens de la mesure et ne menacent pas le projet commun par des intérêts particuliers. Les avis exprimés par les cantons sur des aspects spécifiques du projet figurent à l'endroit correspondant du rapport.

Bon nombre des avis recueillis coïncident avec ceux qui avaient été exprimés lors de la consultation sur l'AIMP.

Plusieurs ONG (Déclaration de Berne [DB], Helvetas, Fondation Max Havelaar [Max Havelaar], Swiss Fair Trade, Action de Carême, Fondation suisse pour la pratique environnementale [Pusch], Magasins du Monde, Solidar Suisse, Swissaid et 2122 citoyens) ont remis des avis largement identiques. Elles sont désignées collectivement dans la suite du présent rapport sous la dénomination «*coalition d'ONG pour les achats publics*».

Dans les chapitres qui suivent, les noms des participants sont écrits en bleu pour faciliter la lecture.

3.3. Méthode d'évaluation

Compte tenu du grand nombre de commentaires et de suggestions reçus, il n'est pas possible de reproduire ici l'intégralité des avis exprimés. On s'est donc contenté de dégager la position générale des participants, en mettant l'accent sur les points les plus importants et les plus fréquemment cités. Outre des requêtes concrètes concernant des thématiques traitées dans le projet, bon nombre d'avis comprennent des explications et des justifications très détaillées. On s'est efforcé d'en résumer les plus importantes à l'endroit qui convient. Pour les détails, le lecteur se référera aux avis en suivant le lien suivant:

https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2653/Revision-LMP-OMP_Avis-3_fr.pdf.

Les participants étaient notamment invités à répondre à un questionnaire portant sur des aspects clés de la révision, lesquels avaient été débattus dans le cadre de la consultation des offices de la Confédération (questionnaire «Points discutés au sein de l'administration fédérale»). Les résultats de ce sondage sont exposés pour chaque thème dans le chapitre qui suit; ils pourront aider à interpréter les résultats de la consultation. Les participants ont renvoyé 48 questionnaires.

(*Remarque*: bien que tous ceux qui n'avaient pas renvoyé ce document aient été relancés à ce sujet, plus de la moitié des participants se sont abstenus de répondre au questionnaire. Par ailleurs, ceux qui y ont répondu n'ont pas forcément traité toutes les questions ou ont parfois coché plusieurs cases pour une même question.)

4. Résumé des grands thèmes de la consultation

4.1. Avis global sur les projets

La quasi-totalité des participants saluent l'orientation des travaux de révision. De très nombreux avis décrivent le projet comme mieux structuré, plus clair, plus moderne et offrant une meilleure protection juridique que la législation en vigueur. Les deux objectifs majeurs du projet, à savoir la mise en œuvre de l'AMP 2012 dans la législation nationale et l'harmonisation des législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics, suscitent une adhésion particulièrement grande. L'adaptation du droit suisse en matière de marchés publics à l'AMP 2012 est approuvée à une large majorité, certains la qualifiant même de nécessaire ou d'urgente. Les participants sont favorables à l'alignement systématique sur les principes de transparence, de non-discrimination, de prévention de la corruption, de promotion de la concurrence, de définition d'objectifs environnementaux, etc. Ils sont nombreux à approuver explicitement la volonté de profiter de l'intégration dans la législation nationale des engagements découlant de traités internationaux pour harmoniser largement le droit suisse en matière de marchés publics. Plusieurs d'entre eux saluent d'ailleurs explicitement le travail accompli par le groupe de travail paritaire AURORA, composé de représentants de la Confédération et des cantons, qui était chargé de l'élaboration de l'avant-projet.

Par ailleurs, les participants formulent de nombreuses suggestions d'amélioration au sujet des différentes dispositions et soulignent des erreurs à corriger sur les plans matériel et formel. Ces éléments sont reproduits article par article aux chapitres 5 et 6.

Étant donné que le projet est le résultat d'une entreprise commune de la Confédération et des cantons, l'AiMp se contente de formuler des remarques de portée générale. Elle précise que la grande majorité des cantons saluent l'harmonisation proposée du droit suisse en matière de marchés publics et se félicitent de ce que le Conseil fédéral a mis en consultation les mêmes documents que les cantons. Ils considèrent en effet que l'élaboration parallèle des dispositions garantira des procédures de passation des marchés efficaces et économiques. L'important à leurs yeux désormais, c'est que la Confédération et les cantons se concentrent sur l'essentiel lors des dernières séances de concertation.

4.2. Harmonisation

Les participants de la procédure de consultation sont largement favorables, comme nous l'avons dit plus haut, à l'harmonisation des législations fédérale et cantonale en matière de marchés publics, qui est l'un des deux objectifs majeurs de la révision du droit des marchés publics. Selon l'avis de l'AiMp, la grande majorité des cantons partage cette opinion. Bon nombre de participants saluent le fait que la Confédération et les cantons ont mis en consultation sans le modifier le projet élaboré par le groupe de travail AURORA.

Les milieux intéressés, en particulier ceux des soumissionnaires, espèrent que cette harmonisation permettra d'uniformiser des législations aujourd'hui hétérogènes, et d'accroître la sécurité juridique et l'efficacité des procédures. Certaines associations (par ex. Industrie suisse des machines, des équipements électriques et des métaux [Swissmem]) considèrent même que l'harmonisation ne va pas assez loin. Plusieurs participants demandent une harmonisation la plus large possible, en soulignant les conséquences de législations divergentes concernant les acquisitions aux niveaux de la Confédération et des cantons, notamment la fragilisation de la sécurité juridique et des surcoûts inutiles.

Seuls l'Union démocratique du centre (UDC) et le canton de Soleure (SO) s'opposent, par principe, tant à l'harmonisation et qu'au projet de révision.

4.3. Voies de droit

La grande majorité des participants saluent l'extension des voies de droit. Les associations économiques et industrielles, en particulier, sont très majoritairement favorables à l'extension du droit de recours. Bon nombre de ces partisans demandent cependant que l'ouverture des voies de droit ne dépende pas de la valeur du marché mais du type de procédure. Certains exigent même que les voies de droit puissent être ouvertes dans tous les cas (à partir de zéro franc).

Les institutions de l'État ou proches de ce dernier ainsi que les entreprises de la Confédération sont contre l'extension des voies de droit.

Dans le questionnaire «Points discutés au sein de l'administration fédérale», les participants étaient par ailleurs invités à répondre à la question suivante:

Question 3a: *Approuvez-vous l'introduction de la possibilité de faire recours contre les décisions concernant tout marché d'une valeur égale ou supérieure à 150 000 francs (art. 54 AP-LMP)?*

Résultat:

Approuvent	29
Pas d'avis sur la question	5
N'approuvent pas	9

La majorité des participants, essentiellement des représentants de l'économie, considèrent que l'extension des voies de droit aura un effet faible ou nul sur le nombre des recours. Les représentants des intérêts du secteur de la construction et les institutions de la Confédération ou proches de cette dernière estiment par contre que cet effet sera considérable.

Question 3b: *Selon vous, quelle sera l'ampleur de l'augmentation du nombre de recours consécutive à l'extension de la protection juridique qu'implique l'art. 54 AP-LMP?*

Résultat:

Augmentation nulle	5
Augmentation faible	27
Augmentation considérable	13

En ce qui concerne la procédure simple et rapide prévue à l'art. 54, al. 4, AP-LMP pour les marchés non soumis aux accords internationaux, les avis des participants sont partagés, pour autant qu'ils en aient exprimé un.

4.4. Négociations

Les négociations visées à l'art. 26 AP-LMP sont l'un des éléments clés des efforts d'harmonisation. Les avis des participants sur ce sujet sont contrastés. Les institutions de la Confédération ou proches de cette dernière (par ex. les CFF et la Poste) sont non seulement favorables aux négociations, elles demandent aussi qu'elles ne soient soumises à aucune restriction. Les associations économiques et industrielles sont majoritairement et clairement opposées à la possibilité de mener des négociations portant exclusivement sur les prix. Les cantons participants, l'UVS et d'autres associations sont opposés à toute forme de négociation. Alors que la plupart des associations du secteur de la construction (par ex. la Société suisse des entrepreneurs [SSE]) partagent cet avis, d'autres participants considèrent les négociations comme un instrument utile pour les contrats complexes. Sur ce point, les représentants de la doctrine déconseillent avec force que la Confédération et les cantons adoptent pour une même disposition des interprétations différentes.

4.5. Principe du lieu d'exécution ou du lieu de provenance

En ce qui concerne les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail (art. 14 AP-LMP), les participants ont été invités à préciser quelles sont celles qui doivent être respectées: celles qui s'appliquent au lieu d'exécution (*principe du lieu d'exécution*) ou celles qui s'appliquent au lieu où le soumissionnaire a son siège ou son établissement (*principe du lieu de provenance*)? Résultat: ils sont majoritairement favorables au principe du lieu d'exécution.

Question 6: L'art. 14 AP-LMP soulève la question de savoir quelles dispositions relatives à la protection des travailleurs et quelles conditions de travail doivent être respectées: celles qui s'appliquent au lieu d'exécution de la prestation (*principe du lieu d'exécution*) ou celles qui s'appliquent au lieu où le soumissionnaire a son siège ou son établissement (*principe du lieu de provenance*)? Selon l'actuelle législation fédérale en matière de marchés publics, c'est le principe du lieu d'exécution qui s'applique pour tous les soumissionnaires (voir art. 8, al. 1, let. b, LMP). La réglementation proposée dans l'AP-LMP résulte d'une adaptation aux réglementations cantonales et communales actuelles. Ainsi, elle prévoit l'application du principe du lieu de provenance pour les soumissionnaires suisses et l'application du principe du lieu d'exécution pour les soumissionnaires étrangers. Êtes-vous favorable à cette proposition?

Résultat:

Oui, pour les marchés passés par la Confédération, le principe du lieu de provenance doit s'appliquer pour les soumissionnaires établis en Suisse (voir art. 14, al. 1, AP-LMP).	15
Non, pour les marchés passés par la Confédération, le principe du lieu d'exécution doit continuer à s'appliquer pour tous les soumissionnaires (art. 8, al. 1, let. b, LMP).	26

4.6. Structure et compréhensibilité

Les participants jugent globalement bonne la structure des projets de révision. Plusieurs d'entre eux décrivent la structure de l'avant-projet comme plus claire, plus précise et plus complète que les actes en vigueur. Certains saluent le fait que la structure des textes correspond désormais au déroulement de la procédure d'adjudication publique.

Les participants ont été invités à répondre à la question suivante:

Question 1: Comment jugez-vous la structure de l'avant-projet?

Résultat:

Bonne	26
Satisfaisante	18
Insatisfaisante	1

La plupart des participants jugent de satisfaisante à bonne la compréhensibilité des projets de révision. Quelques-uns cependant la jugent insuffisante (par ex. Swiss Textiles). Plusieurs organisations (par ex. Fédération vaudoise des entrepreneurs [FVE], Fédération des entreprises romandes [FER], Fédération genevoise des métiers du bâtiment [FMB]), tout en étant favorables au projet, le considèrent toutefois comme trop dense.

En ce qui concerne les définitions de l'art. 2 AP-LMP, les avis sont partagés. Alors que plusieurs participants saluent ces clarifications terminologiques, d'autres les considèrent soit comme insuffisantes, soit comme inutiles. Certains proposent par ailleurs d'allonger la liste des définitions ou d'en modifier certaines.

Question 2: Comment jugez-vous la compréhensibilité de l'avant-projet (définitions, termes, formulations)?

Résultat:

Bonne	20
Suffisante	23
Insuffisante	3

Plusieurs participants jugent fondamentalement bonne la qualité du projet au point de vue de la technique législative. D'autres soulignent son insuffisance (par ex. Union suisse des installateurs-électriciens [USIE], Organisation nationale de la construction [construction-suisse], Union suisse du métal [USM]) et considèrent que les textes nécessitent un remaniement sérieux sur le plan juridique (par ex. M. Beyeler).

L'approche alternative suivante a été examinée au sein de la Confédération et intégrée au dossier de consultation: on renonce à la distinction entre marchés soumis aux accords internationaux et marchés non soumis aux accords internationaux. Tous les marchés sont en principe soumis à la loi. Les marchés portant sur des marchandises ou des services qui ne sont pas mentionnés dans les annexes ou dont la valeur n'atteint pas les valeurs seuils déterminantes peuvent être passés selon des procédures présentant certains avantages (tels que des délais plus courts, l'absence de publication de l'adjudication, l'examen des recours dans le cadre d'une procédure simple et rapide, etc.). Remarque: l'approche proposée n'a de conséquences que sur la forme (structure) de l'avant-projet; elle n'a aucune incidence sur son contenu.

Résultat:

Nous estimons que l'approche alternative proposée mérite d'être étudiée.	20
Nous souhaitons que la structure actuelle de l'avant-projet soit maintenue.	20

4.7. Conséquences sur les charges administratives des soumissionnaires

Les soumissionnaires considèrent l'harmonisation des législations fédérale et cantonales comme très utile. Une franche majorité d'entre eux espère que le projet de révision aura pour effet non pas d'augmenter leurs charges administratives, mais de les maintenir ou de

les réduire. Certains représentants du secteur de la construction (par ex. Société suisse des ingénieurs et des architectes [SIA], Fédération Infra [Infra], constructionsuisse) tablent par exemple sur un effet quasiment nul, d'autres, comme la Fédération des entreprises suisses (economiesuisse), s'attendent à une augmentation considérable de la charge administrative.

Voici la question qui était posée à ce sujet dans le questionnaire «Points discutés au sein de l'administration fédérale»:

Question 4: *Selon vous, quelles conséquences les dispositions de l'AP-LMP auront-elles sur les charges administratives des soumissionnaires (charge de travail, charge financière, besoins en personnel)?*

Résultat:

Diminution de la charge administrative	5
Aucune conséquence	24
Légère augmentation de la charge administrative	6
Nette augmentation de la charge administrative	8

4.8. Dispositions relatives aux langues des procédures

La révision de la LMP et de l'OMP est l'occasion de prendre en compte les aspirations formulées dans plusieurs interventions parlementaires au sujet des langues officielles des marchés publics. Ainsi l'avant-projet prévoit, conformément à la décision du Conseil fédéral du 30 avril 2014, que les communications des participants aux procédures d'appel d'offres soient autorisées dans toutes les langues officielles. Par ailleurs, dans la procédure d'invitation, il y a lieu de solliciter au moins une offre d'un soumissionnaire d'une autre région linguistique.

Les avis des participants sur ce sujet sont contrastés mais révèlent plusieurs tendances de fond. Les soumissionnaires, en particulier ceux du secteur de la construction, sont favorables à ce que l'appel d'offres et l'adjudication soient publiés dans la langue du lieu où se situent (ou se situeront) les bâtiments concernés. Ils exigent en outre que les documents d'appel d'offres soient également traduits. Les adjudicateurs, eux, sont plutôt opposés à l'extension du nombre de langues autorisées en raison de l'accroissement des frais de traduction qu'elle risque d'entraîner. Les organisations et les institutions romandes et tessinoises considèrent par contre que la révision ne tient pas suffisamment compte du plurilinguisme. Pour le canton de Tessin (TI), les dispositions prévues ne garantissent pas l'égalité de traitement des soumissionnaires et sont particulièrement défavorables aux entreprises italo-phones. Le canton d'Obwald (OW) redoute quant à lui une augmentation des coûts administratifs et considère l'intérêt d'appels d'offres multilingues comme globalement limité.

Les réponses fournies dans le questionnaire indiquent que la majorité des participants juge suffisantes les dispositions proposées, tout en craignant qu'elles ne fassent augmenter les coûts administratifs.

Question 5: *Comment jugez-vous la réglementation de la question des langues prévue aux art. 39 et 50 AP-LMP et aux art. 16 et 21 AP-OMP? Que pensez-vous en particulier de l'augmentation des coûts que la promotion du plurilinguisme dans le domaine des marchés publics entraîne pour l'État?*

Bonne	7
Satisfaisante	25
À améliorer	6

Le plurilinguisme n'est pas suffisamment encouragé	5
--	----------

Les mesures de promotion du pluri-linguisme entraînent des coûts administratifs trop élevés	12
---	----

4.9. Droit de regard

Le droit de regard proposé à l'art. 18 AP-LMP est rejeté par les 22 participants qui se sont prononcés sur la question, essentiellement des associations économiques et trois spécialistes de la doctrine et de la jurisprudence du droit des marchés publics. Ils y voient notamment une atteinte lourde et injustifiée à la liberté contractuelle.

4.10. Développement durable

Les participants saluent très largement l'importance accrue accordée au développement durable dans les actes révisés. Pour bon nombre d'entre eux (par ex. coalition d'ONG pour les achats publics, Parti écologiste suisse [Verts], Parti socialiste suisse [PS], Union syndicale suisse [USS], Swiss Textiles), le projet de révision peut mieux faire à cet égard. Ils souhaitent notamment l'instauration de dispositions contraignantes et une prise en compte accrue du développement durable sur certains points.

Un nombre réduit de participants (par ex. UDC, PLR. Les Libéraux-Radicaux [PLR], Swissmem) estiment que le développement durable est un critère étranger à la procédure d'adjudication et s'opposent à son inscription dans l'article définissant le but de la loi (art. 1 AP-LMP).

4.11. Autres réactions

Plusieurs participants saluent explicitement le fait qu'en matière de flexibilisation, les projets de révision prévoient des éléments nouveaux (comme les enchères électroniques à l'art. 25 AP-LMP), ou réglementent plus clairement des instruments existants au niveau de la loi (par ex. le dialogue à l'art. 28 AP-LMP).

Un grand nombre d'associations économiques et industrielles (par ex. SSE, Fédération des architectes suisses [FAS], Groupement suisse de la géologie de l'ingénieur [GSGI], economiesuisse, Infra, SIA, Swissmem, FMB, Union suisse des sociétés d'ingénieurs-conseils [USIC], FER, Chambre de commerce, d'industrie et des services de Genève [CCIG], USIE, constructionsuisse, USM) déplorent toutefois une prise en compte insuffisante des contrats complexes et l'importance excessive accordée de façon générale au critère du prix. Plusieurs participants font valoir que l'acquisition de prestations créatives et artistiques (par ex. plans d'architecte ou d'ingénieur) est très différente de celle de prestations standardisées. Dans ce cas, faire du prix le critère d'adjudication déterminant n'a aucun sens. La SSE, par exemple, demande que l'acquisition de prestations de construction soit traitée à part.

Un faible nombre d'avis concerne des sujets aussi importants que les concessions, les subventions et le droit de recours de la COMCO. Ces avis sont du reste hétérogènes et donc peu représentatifs. Ils sont reproduits article par article au chapitre 5.

5. Avis relatifs aux dispositions de l'AP-LMP

Ce chapitre fournit les avis exprimés sur l'AP-LMP article par article, dans l'ordre du projet mis en consultation.

5.1. Remarques préliminaires

Les participants ont exprimé sur les projets de révision des remarques générales très détaillées. Celles de ces remarques qui concernent des thématiques traitées dans le projet sont résumées article par article.

5.2. Chapitre 1 But et définitions

5.2.1. Art. 1 But

Let. a

FR, GE, le PDC et l'usam saluent la formulation de l'article définissant le but de la loi.

La coalition d'ONG pour les achats publics, la Gesamtkirchgemeinde Bern, les Verts, le PS, l'USS, le PDC, la Ligue pulmonaire et M. Beyeler saluent l'inscription du développement durable dans l'article définissant le but de la loi tout en demandant qu'y soient mentionnées et prises en compte, outre sa dimension économique, les dimensions sociale et écologique du développement durable. Les Verts expliquent, par exemple, que le développement durable vise précisément à harmoniser les aspects économique, écologique et social et renvoient à la stratégie du Conseil fédéral en matière de développement durable. La BSCI considère que le principe du développement durable devrait faire partie intégrante de marchés publics responsables, qu'il a été trop peu pris en compte jusqu'à présent dans ce domaine et qu'il l'est encore trop peu dans l'AP-LMP. Elle estime donc que les projets présentent à cet égard un gros potentiel d'amélioration. Elle précise que cette question entraîne fréquemment des distorsions de la concurrence dans la mesure où des soumissionnaires respectueux de critères écologiques et sociaux ont aujourd'hui tendance à être défavorisés parce que le contournement de droits de l'homme et de droits du travail fondamentaux permet souvent de soumettre des offres à prix réduit. Swiss Textiles fait remarquer que le développement durable est certes mentionné, mais qu'il ne trouve pas dans la loi la résonance nécessaire. swisscleantech demande que le message fournisse des explications plus précises au sujet des trois dimensions du développement durable. Dans la perspective de marchés publics plus respectueux du développement durable, la Poste demande quant à elle que les adjudicateurs bénéficient d'une plus grande marge de manœuvre pour définir, dans leurs appels d'offres, les critères relevant du développement durable. Elle estime que les projets de révision manquent de règles pertinentes concernant les normes, les certificats, les équivalences et les questions de discrimination qui en découlent. La CCIG salue la prise en compte du développement durable tout en précisant qu'elle ne doit pas s'exercer au détriment des soumissionnaires suisses. Quant au PDC, il demande que la Confédération et les cantons soient particulièrement vigilants sur la question du respect des droits de l'homme, surtout pour les prestations fournies à l'étranger, et qu'ils effectuent sur ce point des contrôles réguliers.

Le GSGI et la CHGEOL saluent la mention du développement durable sur le fond. Ils indiquent que le principe de l'économie des moyens est bien souvent pris en compte selon une vision à court terme dans le cas de l'acquisition de prestations intellectuelles, ce qui a pour effet une qualité insuffisante du produit à moyen et à long termes, un renforcement de la spirale de la baisse des prix pour les soumissionnaires et la génération de frais supplémentaires à long terme, avec à la clé une perte de qualité au détriment de l'homme et de l'environnement et un dumping sur les prix. La SIA exprime un avis analogue et souhaite re-

prendre la formulation et l'ordre de l'article définissant le but de l'AIMP 2001. La [Swico](#) demande un alignement de principe sur les dispositions de l'AMP, qui se limitent toutefois aux dimensions écologique et économique. Elle préconise la suppression de la dimension sociale, hors contexte selon elle.

[economiesuisse](#) considère le développement durable comme étant certes important mais pas de nature à figurer dans les buts de la LMP. Elle estime qu'au point de vue matériel, cette notion devrait s'intégrer dans celles d'«*utilisation parcimonieuse*» et d'«*évaluation du cycle de vie*»². L'[UDC](#), le [PLR](#), [Swissmem](#) et [Développement Suisse](#) sont contre la prise en compte du développement durable dans cette disposition. Selon eux, le développement durable est certes un principe important, mais il est un critère étranger à la procédure d'adjudication, qui n'a rien à voir avec le but et le principe du droit des marchés publics.

Let. b

La [coalition d'ONG pour les achats publics](#), la [Gesamtkirchgemeinde Bern](#) et les [Verts](#) demandent, par souci de cohérence avec la stratégie pour le développement durable de la Confédération, que le contrôle des normes dont le respect est exigé à cet égard figure déjà dans l'article définissant le but de la loi. La formulation suivante est donc proposée: «*b. la transparence des procédures de passation des marchés et la transparence des marchés, y compris le contrôle des spécifications et des preuves requises.*»* Le [PS](#) et l'[USS](#) soutiennent cette requête, en précisant que l'un des principaux problèmes affectant l'adjudication de marchés publics réside dans l'augmentation de la longueur des chaînes de sous-traitance, en particulier dans le secteur de la construction, qui fait que tant les adjudicateurs que les organes compétents se retrouvent dans l'incapacité de contrôler le respect des conditions de travail et de salaire. Ils estiment qu'il faut limiter la longueur des chaînes de sous-traitance pour lutter contre le dumping salarial et social et contre la concurrence déloyale.

La [SSE](#) et [Infra](#) sont résolument favorables à l'obligation, pour les pouvoirs publics, de respecter les principes de transparence, de concurrence, de rentabilité, d'égalité de traitement et d'efficacité. À la let. b, ils souhaitent ajouter le principe de l'équité à celui de la transparence.

Let. c

[Swissrail](#), l'[Union suisse des carrossiers](#), [Lanz+Marti AG](#), [INVESO](#), [Calag Carrosserie](#) et [Carrosserie Hess](#) soulignent l'obligation de garantir l'égalité de traitement et la non-discrimination des soumissionnaires suisses et étrangers, conformément à l'art. 1, let. c, AP-LMP. Ils souhaitent par conséquent que les appels d'offres soient systématiquement libellés en francs suisses et assortis de l'obligation de respecter les dispositions suisses relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail. [Lanz+Marti AG](#), [INVESO](#), [Calag Carrosserie](#) et [Carrosserie Hess](#) demandent en outre que lors de l'examen des offres, l'adjudicateur tienne compte du rapport entre le taux de change réel et la parité des pouvoirs d'achat au motif que la situation exceptionnelle du moment exige et justifie des mesures exceptionnelles. Il faut donc en tenir compte eu égard au principe de l'égalité de traitement prévu à l'art. 1, let. c, AP-LMP, faute de quoi, estiment-ils, la structure industrielle de la Suisse sera irrémédiablement détruite par un effet a priori temporaire.

Let. d

La [COMCO](#) soutient explicitement l'inscription, dans l'article définissant le but de la loi, de la promotion d'une concurrence efficace et de la prévention des ententes. Le [PS](#) considère lui aussi comme une amélioration décisive l'importance accrue accordée, conformément à l'AMP 2012, aux mesures de lutte contre la corruption et les collusions. Il demande cependant que la let. d soit complétée par un renvoi à l'art. 7 de la loi fédérale contre la concur-

² Les citations suivies d'un astérisque sont des traductions de l'allemand.

durable (par ex. labels), les certifications de même que les systèmes de gestion sociale et environnementale »* et la let. c de la manière suivante: «c. dispositions relatives à la protection des travailleurs: les dispositions déterminantes du droit public du travail, y compris les dispositions [...] relatives à la prévention des accidents, mais au minimum le respect des normes visées à l'annexe 4. Constituent des preuves du respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs les normes de développement durable (par ex. labels), les certifications de même que les systèmes de gestion sociale et environnementale; par ailleurs, les dispositions relatives au salaire ou à la protection des travailleurs figurant dans une loi spéciale de la Confédération, y compris la loi sur les travailleurs détachés (LDét), ou des cantons.»*

Tout comme l'USS, le PS déclare qu'il est résolument opposé à la définition donnée des conditions de travail.

La Ligue pulmonaire propose d'ajouter aux définitions celle de la prise en compte d'aspects sanitaires. Elle précise qu'il faudrait veiller à ce que les conditions de travail dangereuses pour la santé ne bénéficient d'aucun soutien, ni actif ni passif. La FVE salue les définitions de l'art. 2 sur le fond mais tient à préciser que les conditions de travail visées aux let. b et c sont déterminantes sur le lieu d'exécution.

Let. j

La Poste, Swissmedic et M. Beyeler critiquent cette disposition sur le même point: ils craignent que le passage «notamment en ce qui concerne le prix» ne donne à tort l'impression que le prix doit toujours être fixé dans le contrat-cadre, et souhaitent que le prix ne soit mentionné là qu'à titre d'exemple.

Let. m

En ce qui concerne la formulation de la let. m, les avis sont partagés. Selon M. Beyeler, qualifier systématiquement les spécifications techniques d'impératives est trop restrictif. Il considère en effet que dans la pratique, on a souvent besoin de qualifier certaines spécifications de facultatives (le respect de ces spécifications est alors pris en compte dans les critères d'adjudication) et qu'il vaudrait mieux poser comme principe, à l'art. 34 AP-LMP, que les spécifications sont impératives sauf mention contraire de l'adjudicateur. Swissmem considère par contre la spécification impérative, claire et exhaustive de l'objet du marché comme une condition sine qua non devant être ainsi qualifiée à cet endroit.

La coalition d'ONG pour les achats publics, l'USS et la Gesamtkirchgemeinde Bern demandent que les procédés et les conditions de production soient intégrés aux exigences impératives concernant l'objet du marché afin de lutter contre les anomalies affectant les conditions de travail et de production, courantes dans la branche selon elles. Désireux de définir un cadre plus souhaitable pour les procédés de production de l'économie du bois et des forêts, Lignum demande également l'inscription à l'art. 2, let. m, d'exigences liées au développement durable concernant l'objet du marché et le procédé de production. La Ligue pulmonaire souhaite quant à elle instaurer l'obligation, pour les spécifications techniques, de garantir l'innocuité de l'objet du marché pour la santé pendant tout son cycle de vie.

Intégration de définitions supplémentaires ou changements de formulation

Les participants saluent majoritairement les définitions inscrites à l'art. 2 AP-LMP tout en demandant l'ajout de termes supplémentaires ou la modification de certaines définitions. La SSE et Infra approuvent l'art. 2 AP-LMP sur le fond mais demandent qu'y soit ajouté et défini le terme «offre économiquement la plus avantageuse» tout en proposant de remplacer, en allemand, «wirtschaftlich günstigstes Angebot» par «vorteilhaftestes Angebot». Ils plaident en outre, tout comme la FVE, Swissmedic et M. Beyeler, pour la définition du terme «établissement de droit public». M. Beyeler trouverait utile que soient en outre définis les

«droits exclusifs» et les «droits spéciaux». La [SIA](#) demande que soient définies les formes de mise en concurrence «*concours d'études, mandats d'étude parallèles et appel d'offres*»* et les termes «*listes de prix indicatifs et taux de régie indicatifs*»* et «*méthode dite à deux enveloppes*»*. L'[USIE](#), [constructionsuisse](#), l'[USM](#) et [Commerce Suisse](#) se joignent à cette demande et proposent l'ajout de termes supplémentaires. Plusieurs participants demandent expressément que soit défini le terme «*prestations intellectuelles*»* ([SIA](#), [SSE](#), [USIE](#), [constructionsuisse](#), [USM](#), [Commerce Suisse](#)). Le [Conseil des EPF](#) propose que la définition du soumissionnaire (let. a) englobe les sous-traitants de celui-ci, afin de les soumettre aux mêmes obligations que lui (par ex. respect de normes sociales telles que celles qui sont visées à l'art. 12 AP-OMP ou de mesures anti-corruption).

La [coalition d'ONG pour les achats publics](#), la [Gesamtkirchgemeinde Bern](#), [swisscleantech](#), l'[USS](#) et les [Verts](#) considèrent qu'il est indispensable de définir le terme «*développement durable*».

5.3. Chapitre 2 Champ d'application

5.3.1. Art. 3 Principe

Cette disposition n'a fait l'objet d'aucun commentaire.

5.3.2. Art. 4 Adjudicateurs

Propositions de portée générale concernant l'assujettissement

Les [CFF](#) trouvent que la loi révisée manque de clarté en ce qui concerne l'assujettissement des entreprises opérant dans les secteurs. Ils partent toutefois du principe que pour elles, rien ne change, et que seules sont soumises à la loi les activités ayant un lien direct avec le trafic ferroviaire.

La [SIA](#) demande l'assujettissement de «*CFF Immobilier*»* au droit des marchés publics au motif que les CFF assument le rôle d'un maître d'ouvrage important d'intérêt public dont le capital appartenait initialement au peuple suisse.

[PUBLICA](#) prend note du fait que selon l'AMP révisé, conformément à l'annexe 1 de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA, RS 172.010.1), elle est censée être soumise au droit des marchés publics en tant qu'unité administrative décentralisée. Or, selon la note explicative de l'*annexe 7 à la Proposition de décision du Conseil relative à la conclusion du protocole portant amendement de l'accord sur les marchés publics* (version finale datée du 22.3.2013), il est clair que [PUBLICA](#), en tant qu'institution de prévoyance de droit public, n'est pas soumise à la LMP, pas plus que les assurances de droit public pour les placements des fonds des assurés. Il serait donc utile pour la compréhension et l'interprétation de la disposition d'inclure dans le message un renvoi à la note explicative en question.

La [Suva](#) fait remarquer que selon elle, ni le droit en vigueur ni les projets de révision ne la soumettent aux dispositions relatives aux marchés publics. Afin de lever tout doute susceptible de découler de l'art. 4, al. 1, let. e, AP-LMP concernant l'assurance militaire, elle propose de compléter l'art. 81 de la loi fédérale sur l'assurance militaire (LAM, RS 833.1).

Al. 1, let. e *Bénéficiaires d'aides financières*

[C. Schneider Heusi](#) juge favorablement l'adoption de cette disposition.

[Swissmem](#), [Développement Suisse](#) et le [PLR](#) sont favorables à une application du droit des marchés publics aussi large que possible et considèrent le plancher de 50 % comme trop élevé. [TI](#) estime, lui, que toute aide financière de plus d'un million de francs suisses doit être

soumise à la LMP. Quant à [M. Beyeler](#), il préconise que l'on applique le droit fédéral lorsque les subventions fédérales sont majoritaires, et l'AIMP lorsque les subventions cantonales ou communales dépassent les 50 %.

Al. 2

Alors que l'[AES](#) souhaite remplacer l'expression «*concurrence efficace*» par «*concurrence illimitée*»*, [SO](#) demande sa suppression pure et simple au motif que cette disposition renvoie à l'exemption visée à l'art. 7 AP-LMP, laquelle implique forcément une concurrence efficace.

[M. Beyeler](#) souligne lui aussi les multiples redondances de l'al. 2 en demandant leur suppression. Il précise qu'en dehors des secteurs, les pouvoirs publics sont soumis à la loi sauf exception au sens de l'art. 12, al. 1, let. a, AP-LMP.

Les [CPS](#) signalent que de leur point de vue, ni l'art. 4 AP-LMP ni l'art. 4 du projet de révision de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (P-AIMP) ne soumettent les hôpitaux privés au droit des marchés publics.

Al. 2, let. f

[M. Beyeler](#) fait remarquer que la deuxième partie de la phrase («*n'est pas soumise au champ d'application des accords internationaux toute activité qui n'est pas directement liée au domaine des transports*») n'englobe que des activités sectorielles, ce qui est déjà précisé dans le préambule de l'art. 4, al. 2, AP-LMP, et que s'il faut y voir une restriction supplémentaire par rapport à l'al. 2, cela serait contraire aux accords internationaux, car allant au-delà de la let. a de l'annexe VIII de l'accord bilatéral Suisse/UE sur les marchés publics.

Al. 3 Passation de marchés par un tiers

L'[usam](#), l'[USIE](#), [constructionsuisse](#), l'[USM](#), [Commerce Suisse](#), la [SSE](#) et [Infra](#) approuvent la disposition tout en demandant qu'elle soit précisée. Ils considèrent en effet que pour éviter les transactions visant à contourner la loi, il convient de formuler encore plus clairement ce principe et de soumettre à la loi les tiers même s'ils sont organisés selon le droit privé. La [FVE](#) demande une définition plus précise du terme «*tiers*».

5.3.3. Art. 5 Droit applicable

Propositions de portée générale

Pour [Swissmem](#), la détermination de la valeur seuil applicable par rapport aux parts de financement, comme le prévoit l'al. 1, «*relève du hasard*»*. Cette disposition lui paraît peu adéquate et potentiellement source d'abus.

[OW](#) déclare à ce sujet que la dérogation au principe du lieu d'exécution ne se justifie que dans certains cas, et que lors de l'exécution de la prestation, les prescriptions en vigueur sur le lieu d'exécution doivent être respectées de toute façon.

Al. 3 et 4 «Droit de choisir»

L'[AES](#), [BLS](#) et l'[Aéroport de Zurich SA](#) approuvent l'assouplissement concernant le droit applicable prévu aux al. 3 et 4.

[C. Schneider Heusi](#) et [SO](#) demandent que les conditions, les limites et la procédure applicables à ce choix fassent l'objet de commentaires plus détaillés.

Selon [Swissmem](#) et la [Swico](#), il convient de s'interroger sur le choix unilatéral du droit applicable par l'adjudicateur (al. 3), voire de le supprimer carrément. Il convient aussi de limiter le choix prévu à l'al. 4 au droit fédéral.

La [FVE](#) souhaite que le rapport explicatif précise la portée et la signification de l'al. 4.

5.3.4. Art. 6 Soumissionnaires

Propositions de portée générale

[M. Beyeler](#) considère qu'au point de vue systématique, la disposition de l'art. 6 n'a pas sa place dans le chapitre consacré au champ d'application, et qu'en outre il faut en modifier le contenu car sa formulation laisse entendre qu'il serait illicite d'adjuger un marché à un soumissionnaire étranger qui ne pourrait se référer à aucun accord international, ce qui lui paraît excessif et contraire aux principes de concurrence et de rentabilité.

Al. 2

La [SIA](#) plaide pour qu'il soit permis, dans le cas de marchés passés hors du champ d'application des accords internationaux, de préciser dans les documents d'appel d'offres que la participation à la procédure est strictement réservée aux soumissionnaires ayant leur siège en Suisse. [C. Schneider Heusi](#) considère par contre l'al. 2 comme trop restrictif et qu'en dehors du champ d'application des accords internationaux, il faudrait pouvoir prendre en compte les offres, qu'il existe ou non des engagements (principe de réciprocité). Elle souhaite donc une modification de la norme ou des commentaires supplémentaires.

5.3.5. Art. 7 Exemption des adjudicateurs opérant dans les secteurs

L'[AES](#) salue l'extension de la possibilité d'exempter aux entreprises opérant sur les marchés sectoriels que l'AMP soumet au droit des marchés publics. Elle propose par ailleurs de remplacer le terme de concurrence «*efficace*» par celui de concurrence «*illimitée*»*. Elle précise que concernant la définition d'une «*concurrence efficace*» le rapport explicatif ne peut pas se fonder sur la pratique de la COMCO.

La [FVE](#) demande la suppression de la consultation de la COMCO prévue à l'al. 2.

5.3.6. Art. 8 Marché public

Al. 1 Définition du marché public

[Swissmem](#) approuve la large définition du marché public.

[M. Beyeler](#) considère que l'art. 8, al. 1, AP-LMP peut être amélioré. Il propose la formulation suivante: «*Un marché public est un contrat en vertu duquel un adjudicateur public, en vue de l'exécution de ses tâches, charge un tiers, contre rémunération, de fournir des services, d'exécuter des travaux de construction ou de livrer des fournitures en respectant ses instructions. La rémunération peut notamment comprendre des versements en espèces ou en nature ou consister en l'autorisation de faire valoir des droits ou de saisir des occasions.*»*

Al. 2

[Swissmem](#) est explicitement favorable à ce que l'octroi d'une concession ou la délégation d'une tâche publique soient considérés comme des marchés publics et dès lors soumis au droit des marchés publics.

Dans la mesure où l'art. 8, al. 2, AP-LMP soumet à la loi les concessions de travaux et de services, [M. Beyeler](#) l'approuve sur le fond tout en considérant que son objet et sa portée

manquent de clarté et qu'ils entraînent l'assujettissement partiel de certaines concessions, ce qui risque de poser problème lors de l'application pratique. C. Schneider Heusi qualifie l'al. 2 d'«incomplet»* et d'«obscur»* et considère qu'il faut soit en préciser la teneur, soit en élargir clairement la portée. L'UVS estime que la disposition proposée crée des parallèles et des contradictions avec l'art. 7 de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI, RS 943.02), et que pour éviter toute incertitude, il faudrait régler la question des concessions dans une seule des deux lois. L'USP craint que la révision en cours du droit des marchés publics ne conduise, à l'avenir, à imposer des appels d'offres pour les mandats de prestations agricoles de la Confédération. Elle rejette toute évolution dans ce sens au motif qu'elle risquerait de morceler et d'affaiblir le secteur, et en particulier les compétences en matière de recherche, de formation et de conseil agricole. Elle demande en outre l'exemption expresse des contributions aux améliorations structurelles.

5.3.7. Art. 9 Types de marchés

Al. 1 Types de marchés

Plusieurs associations économiques (USIE, constructionsuisse, USM, Commerce Suisse, FVE, SVIT, SSE, Infra) approuvent le fait que l'al. 1, let. a, ne fasse pas de distinction entre gros œuvre et second œuvre.

Lignum demande que tous les types de marchés prennent en compte les critères du développement durable, et que cela soit précisé dans la loi ou du moins dans les commentaires. Swissemem demande d'ajouter une let. d pour mentionner les «concessions», ou d'ajouter ce type de marché à la let. c.

Le Conseil des EPF déplore une terminologie hétérogène entre l'AP-LMP, qui parle de «marchés de construction», et l'ordonnance sur les valeurs seuils, qui parle de «travaux de construction».

Al. 1 Types de marchés – prestations intellectuelles

Le GSGI propose que l'on établisse, à l'art. 9 AP-LMP ou dans les annexes, une différence entre prestations standardisées et prestations non standardisées. Il estime que les prestations intellectuelles fournies par les ingénieurs et les géologues, par exemple, ne peuvent être considérées comme des prestations standardisées. Selon lui, on pourrait éventuellement introduire la notion de «prestations intellectuelles»* et rédiger un commentaire à ce propos. La liste des services figurant à l'annexe 2 devrait être remaniée en conséquence. La SIA aussi souhaite des précisions concernant les prestations intellectuelles.

Al. 2 Prestations mixtes

M. Beyeler approuve le contenu de l'al. 2 mais propose d'en améliorer la formulation. Il recommande en outre la création d'un al. 2^{bis}, qui indiquerait la procédure à suivre pour les marchés mixtes dont toutes les parties, adjugées séparément, ne sont pas soumises à la LMP.

5.3.8. Art. 10 Valeurs seuils

Propositions de portée générale

C. Schneider Heusi demande la reformulation de l'al. 1, qu'elle juge trop restrictif. Il suffirait selon elle de préciser ce qui distingue les valeurs seuils des marchés soumis aux accords internationaux de celles des marchés qui n'y sont pas soumis.

suissetec approuve explicitement l'harmonisation des valeurs seuils aux niveaux de la Confédération et des cantons. D'autres participants (IGS, usam, SSE, Infra) jugent par contre

ces valeurs seuils hétérogènes, en particulier dans le domaine de la construction. La [SSE](#), la [FAS](#), [Infra](#) et [suissetec](#) sont par ailleurs favorables à ce que les autorités adjudicatrices exploitent pleinement les valeurs seuils et s'abstiennent d'opter de leur propre chef pour une procédure de rang supérieur. La [FAS](#) demande que l'on mette fin à la liberté de manœuvre des autorités concernant le type de marché et souhaite que la loi tienne compte de l'importance du secteur de la construction au point de vue du patrimoine architectural.

Généralités – niveau des valeurs seuils

[Swissmem](#) demande un abaissement des valeurs seuils. Cette mesure permettrait, avec la limitation des adjudications de gré à gré et de la liste des exceptions, de tenir compte des enseignements fournis par le rapport consacré au projet informatique INSIEME. Plusieurs participants ([SSE](#), [CFF](#), [usic](#), [Infra](#), [IGS](#), [usam](#), [Aéroport de Zurich SA](#), [PUBLICA](#)) demandent par contre un relèvement général des valeurs seuils et signalent notamment que pour les soumissionnaires, le coût d'établissement d'une offre est disproportionné par rapport à la valeur du marché. Selon l'[AESS](#), on pourrait relever légèrement les valeurs seuils en soulevant les intérêts de la sécurité juridique par rapport à ceux de l'économie de procédure. Les [CFF](#) rejettent l'abaissement de la valeur seuil pour la procédure ouverte en arguant que les valeurs seuils en vigueur ont été déterminées en tenant compte de certaines spécificités des entreprises opérant dans les secteurs, lesquelles n'ont pas changé.

Al. 3 Clause de minimis

La [SVIT](#) salue la disposition proposée. [M. Beyeler](#) la juge cohérente par rapport au champ d'application des accords internationaux tout en faisant remarquer qu'elle risque d'entraîner le traitement systématique des marchés de construction importants (par ex. d'une valeur de 6 à 8 millions) selon la procédure de recours simple et rapide prévue à l'art. 54, al. 4, AP-LMP.

Plusieurs associations économiques ([USIE](#), [constructionsuisse](#), [USM](#), [Commerce Suisse](#) et [FVE](#)) demandent un descriptif plus précis du mode de calcul de la valeur seuil lorsque plusieurs marchés sont adjugés.

L'[Aéroport de Zurich SA](#) demande que la clause de minimis soit pleinement applicable aux entreprises opérant dans les secteurs. Il ne faut pas que les marchés individuels entrant dans le champ d'application de la clause de minimis ne puissent être traités que selon les règles applicables aux marchés non soumis aux accords internationaux.

5.3.9. Art. 11 Marchés non soumis aux accords internationaux

Propositions de portée générale

[Swissmem](#) salue l'extension du champ d'application, en particulier à l'acquisition de certains biens dans le domaine militaire. [M. Beyeler](#) se demande quant à lui si le législateur a vraiment l'intention de soumettre de tels marchés (conformément à l'art. 11, let. b, AP-LMP) au droit de recours. Il recommande qu'on réfléchisse bien à la question de savoir si la procédure de recours simple et rapide prévue à l'art. 54, al. 4, convient bien pour les marchés importants non soumis aux accords internationaux. L'[Aéroport de Zurich SA](#) s'oppose à ce que les entreprises opérant dans les secteurs soient à l'avenir soumises au droit des marchés publics même en dehors du champ d'application des accords internationaux.

«Coopération au développement et aide humanitaire»

[Alliance Sud](#) estime que la coopération au développement et l'aide humanitaire n'ont pas à être soumises au droit des marchés publics, en arguant qu'au niveau international, elles ne figurent pas dans le champ d'application de l'AMP, et qu'elles sont souvent fournies dans des contextes politiquement difficiles. Elle demande donc la suppression de l'art. 11, let. c,

AP-LMP et l'intégration de ces secteurs dans la liste des exceptions (voir commentaire de l'art. 12, al. 1, let. h, AP-LMP).

5.3.10. Art. 12 Exceptions

Propositions de portée générale

Le [PLR](#), [Développement Suisse](#) et [Swissmem](#) plaident pour une application aussi large que possible du droit des marchés publics et demandent que les exceptions soient limitées ou formulées de façon plus précise. Leur champ d'interprétation leur paraît en effet trop vaste et de nature à favoriser les adjudications de gré à gré injustifiées.

Le [Conseil des EPF](#) propose plusieurs modifications. Il considère notamment que l'art. 12, al. 3, let. a, AP-LMP ne couvre pas suffisamment le cas des marchés subséquents avec des partenaires de coopération, dans la mesure où ces derniers ne doivent pas forcément bénéficier d'un droit exclusif pour fournir ces prestations.

Les [CFF](#) recommandent la clarification du rapport entre l'art. 12, al. 2, let. c («² L'adjudicateur n'est pas tenu de lancer un appel d'offres public: [...] c. lorsqu'il porte atteinte aux droits de propriété intellectuelle.») et l'art. 23, al. 2, let. c, AP-LMP (choix de la procédure de gré à gré lorsque «un seul soumissionnaire entre en considération en raison des particularités techniques ou artistiques du marché ou pour des motifs relevant de la propriété intellectuelle, et il n'existe pas de solution de rechange adéquate»). Ils demandent si on ne pourrait pas supprimer la référence à la procédure de gré à gré dans la mesure où la situation est prévue dans les exceptions.

[C. Schneider Heusi](#) critique le mélange des genres dans l'art. 12 AP-LMP. Elle considère qu'il faudrait délimiter clairement les véritables exceptions par rapport aux cas qui sont exemptés du droit des marchés publics, et les traiter dans une disposition spécifique. Elle demande aussi la suppression des éléments constitutifs d'une exception visés à l'al. 1, let. g et h, et qui ne figurent pas dans le P-AIMP.

Comme il l'a fait dans son commentaire de l'art. 2 AP-LMP, [M. Beyeler](#) suggère qu'on réfléchisse à l'opportunité d'inscrire dans la loi une définition du terme «commerce» au sens de l'art. 12, al. 1, let. a. Il précise qu'alors que l'AP-LMP n'évoque à l'art. 12 que les «marchandises [et les] services, l'AMP 2012 y ajoute les travaux de construction. Il demande donc d'étendre la disposition à l'acquisition de travaux de construction. Il considère par ailleurs l'al. 1, let. f, comme inapproprié, estimant qu'il faudrait exclure l'ensemble des embauches et des nominations de personnel du champ d'application de la loi. L'al. 1, let. g, le surprend doublement: d'une part, le P-AIMP ne contient aucune disposition correspondante, de l'autre, mis à part les exceptions objectives classiques des opérations immobilières et de l'embauche de personnel, il ne faudrait exclure du champ d'application de la loi que les services juridiques.

Al. 1, let. a

L'[AES](#) approuve la disposition en précisant que cette exception est une nécessité sur un marché de l'électricité libéralisé.

La [Swico](#) et [Swissmem](#) demandent la suppression pure et simple de cette disposition. Elles estiment en effet que si l'État effectue, à titre exceptionnel, des activités commerciales, il doit se soumettre aux lois du marché et respecter les règles de la concurrence.

[Sunrise SA](#) rejette elle aussi cette disposition, qui manque selon elle de précision quant aux conditions qualifiées et qui, sous cette forme, avantage les entreprises publiques, surtout dans le domaine des télécommunications.

Al. 1, let. b

La **SVIT** salue explicitement cette disposition comme étant particulièrement pertinente.

Let. d

Swissmem demande la suppression pure et simple de la let. d. Elle ne voit pas pourquoi il ne faudrait pas, dans ce domaine aussi, rechercher le meilleur prestataire en lançant un appel d'offres.

Let. e

Swissmem estime qu'il faut envisager de soumettre de tels marchés à la concurrence. Elle recommande de supprimer la disposition ou de la compléter de la manière suivante: «[...] des établissements pénitentiaires, sauf si plusieurs de ces institutions ou établissements entrent en ligne de compte.»*

Let. g

Le **Conseil des EPF** demande la modification de cette disposition. Il souhaite que les établissements de droit public de la Confédération aient aussi la possibilité, conformément à l'al. 1, let. g, ch. 1, d'exclure du champ d'application du droit des marchés publics les services juridiques en question.

Swissmem demande par contre la suppression pure et simple de la let. g, ne voyant pas pourquoi la loi ne devrait pas s'appliquer aux services juridiques évoqués là.

Let. h

Alliance Sud demande que la let. h soit modifiée de la façon suivante: «¹ La présente loi n'est pas applicable: [...] h. aux marchés destinés à la coopération internationale au développement et aux pays de l'Est, à l'aide humanitaire et à la promotion de la paix et de la sécurité humaine.»*

Al. 2, let. c

Le **Conseil des EPF** salue le fait que l'on puisse désormais explicitement renoncer à lancer un appel d'offres s'il porte atteinte aux droits de la propriété intellectuelle. Pour éviter toute lacune involontaire il propose toutefois de modifier la disposition de la façon suivante: «[...] c. lorsqu'il porte atteinte à des obligations contractuelles envers des fournisseurs ou aux droits de la propriété intellectuelle.»* La **SIA** approuve elle aussi la disposition.

Propositions individuelles concernant l'al. 3

Propositions de portée générale

SO rejette l'al. 3 en bloc. Il considère qu'il est prématuré de codifier la jurisprudence actuelle de l'EU, avec ses critères sujets à interprétation, car cela nuirait au développement d'une pratique suisse en matière de doctrine et de jurisprudence. Pour la **Poste**, la formulation proposée pour l'al. 3 est trop restrictive et aurait pour les grands groupes des conséquences très coûteuses tout en réduisant leur marge de manœuvre. Il faudrait donc, selon elle, préciser que les acquisitions à l'intérieur d'un même groupe ne doivent jamais faire l'objet d'un appel d'offres public, le seul critère déterminant étant que l'adjudication se passe entre des entreprises assujetties directement à une maison mère ou indirectement à d'autres sociétés du groupe. La Poste considère la prise en compte de l'exigence d'activité comme inappropriée dans ce contexte. **PUBLICA** estime que la différence établie, dans les dispositions des let. b et d, entre d'une part les établissements publics juridiquement indépendants et soumis au droit des marchés public, et d'autre part les autres entreprises publiques sur lesquelles

l'adjudicateur exerce un contrôle, est injustifiée et entraîne la discrimination des unités administratives décentralisées juridiquement indépendantes. Elle approuve en revanche la let. c.

M. Beyeler salue l'adoption de ces dispositions sur le fond. Il estime cependant que le chapeau ne devrait pas se contenter d'exclure l'appel d'offres public, mais carrément l'application de la loi. Il formule par ailleurs des précisions sur les différents cas.

Let. b «In-state»

PUBLICA demande que la disposition soit complétée. L'exception ne doit être valable que «dans la mesure où ces adjudicateurs fournissent l'essentiel de leurs prestations à des adjudicateurs soumis au droit des marchés publics»*. La COMCO se félicite de ce que l'art. 12, al. 3, let. b soit plus strict, dans sa formulation, que l'AMP 2012. Estimant que lors d'une adjudication «in-state», il ne faut pas que le marché adjudgé à un établissement public hors appel d'offres profite à une partie prenante privée (par ex. actionnaire), il convient d'exclure toute participation privée. Elle demande donc la modification suivante: «b. d'autres adjudicateurs juridiquement indépendants, sans participation privée et soumis au droit des marchés publics, qui ne sont pas en concurrence avec des soumissionnaires privés pour la fourniture de ces prestations.»* M. Beyeler recommande, lui, la modification suivante: «b. d'autres adjudicateurs juridiquement indépendants et soumis au droit des marchés publics qui n'ont pas de but lucratif, et qui ne sont pas en concurrence avec des soumissionnaires privés pour la fourniture de prestations identiques ou semblables.»*

Let. c «In-house»

PUBLICA salue cette disposition car les aspects de rentabilité ne sont pas les seuls à jouer un rôle important à cet égard. La COMCO demande que l'on y ajoute ceci: «*qui ne sont pas en concurrence avec des soumissionnaires privés pour la fourniture de ces prestations.*»* Elle explique en effet que les flux de prestations entre services d'un même sujet de droit ne sont pas toujours neutres au point de vue de la politique de concurrence, et que la neutralité de la concurrence n'est plus garantie lorsque le service qui doit fournir la prestation propose et fournit des prestations identiques ou semblables sur le marché (c'est-à-dire dans un but purement fiscal et commercial, sans intérêt public particulier). Elle estime donc que si on ne complète pas la disposition comme elle le propose, les marchés publics donneront au fournisseur public de la prestation un avantage de compétitivité pour ses activités commerciales. RAILplus regrette que la disposition prévue limite considérablement la collaboration entre les sociétés membres et demande qu'on envisage dans ce cas une procédure de gré à gré ou l'élargissement des adjudications «in-house» conformément à la let. c.

Let. d «Quasi-in-house»

La COMCO demande que l'on précise ici aussi que l'entreprise publique en question ne doit pas présenter de participation privée. Elle considère que la possibilité, citée indirectement dans le rapport explicatif, de réaliser 20 % de son chiffre d'affaires pour le compte de tiers est trop élevée et propose qu'on abaisse ce taux à 10 %, ou plutôt qu'on porte à 90 % la part des prestations à fournir à l'adjudicateur. Elle propose de reformuler la disposition de la manière suivante: «*d. d'entreprises publiques sans participation privée sur lesquelles l'adjudicateur exerce un contrôle identique à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui fournissent l'essentiel de leurs prestations à l'adjudicateur.*»* Selon M. Beyeler, il faudrait renoncer à qualifier le prestataire d'«entreprise publique». Il propose la formulation suivante: «*d. ~~d'entreprises publiques~~ d'autres adjudicateurs juridiquement indépendants et soumis au droit des marchés publics, sur lesquels l'adjudicateur exerce un contrôle identique à celui qu'il exerce sur ses propres services [...].*»*

5.4. Chapitre 3 Principes généraux

*Nouvel article: «Achats durables»**

La [coalition d'ONG pour les achats publics](#), la [Gesamtkirchgemeinde Bern](#), l'[USS](#) et le [PS](#) demandent la création d'un article supplémentaire afin d'encourager activement les achats durables des points de vue écologique et social. Ils considèrent que la Confédération doit faire en sorte que les adjudicateurs disposent, à cet égard, de renseignements à jour et d'instruments efficaces, tels qu'un centre de compétences national en matière d'achats durables.

5.4.1. Art. 13 Principes régissant la procédure

Propositions de portée générale

Au sujet de cette disposition, plusieurs participants expriment un avis neutre ou proposent des précisions. Le [PS](#) souhaite ajouter un renvoi à l'art. 7 LCD afin d'harmoniser le droit des marchés publics et celui de la concurrence. Le [GSGI](#) et la [CHGEOL](#) reconnaissent sur le fond les principes de procédure proposés, mais demandent que les adjudicateurs les appliquent de manière cohérente. L'[IHZ](#) demande que les marchés publics se déroulent selon les principes de transparence, de concurrence, d'égalité de traitement et d'efficacité. Elle précise que les procédures transparentes et compréhensibles favorisent l'amélioration des conditions-cadres pour les entreprises suisses, et que tel doit justement être l'objectif de la révision compte tenu de la conjoncture actuelle et des défis à relever (vigueur du franc, pénurie de main d'œuvre, réforme de l'imposition des entreprises, mise en œuvre de l'initiative contre l'immigration de masse, etc.). Elle recommande qu'en cas de doute, on donne la priorité à la liberté économique.

L'[USIE](#), [constructionsuisse](#), l'[USM](#), [Commerce Suisse](#) et [Infra](#) souhaitent que le principe de confiance visé à l'art. 13, let. d, AP-LMP soit précisé en matière d'ouverture des offres. Ils proposent la modification suivante: «*il s'engage à observer le caractère confidentiel des indications fournies par les soumissionnaires. Demeurent réservées la publication du procès-verbal d'ouverture des offres, les informations publiées après l'adjudication ainsi que les renseignements à donner [...]*» et l'ajout d'une lettre supplémentaire: «*e. il garantit une évaluation compétente et indépendante des offres.*» Le [Conseil des EPF](#) explique que les publications conformes à l'art. 32 AP-OMP («*Liste de tous les marchés dont la valeur est supérieure à 50 000 francs*»*) et la loi sur la transparence (LTrans, RS 152.3) remettent en question le principe de confidentialité de l'art. 13, let. d, AP-LMP et risquent d'engendrer des problèmes dans la pratique.

La [FVE](#) et [C. Schneider Heusi](#) saluent sur le fond l'adoption des principes proposés, tout en recommandant l'explicitation, dans le message, du terme de «*conflits d'intérêts*» figurant à l'art. 13, let. b, AP-LMP. Die [COMCO](#) soutient résolument l'obligation faite à l'adjudicateur à l'art. 13, let. b de prendre des mesures contre les ententes. Le [Centre Patronal](#), lui, rejette dans ce contexte la déclaration d'impartialité prévue à l'art. 11, let. b, AP-OMP car ses effets et sa portée lui paraissent incertains. [Swissmem](#) demande plusieurs modifications: elle souhaite notamment qu'il ressorte de la disposition que la liste des principes régissant la procédure n'est pas exhaustive, et que la let. a soit complétée de la façon suivante: «*[...] Il est interdit de déléguer à un tiers la préparation ou l'élaboration de l'appel d'offres, ainsi que l'évaluation des offres. L'art. 16 est réservé.*»* [Lignum](#) demande que soit ajouté aux explications relatives à l'art. 13, let. c, AP-LMP un exemple de pénalité affectant un soumissionnaire suisse.

Intégration du développement durable dans les principes régissant la procédure

La [coalition d'ONG pour les achats publics](#), la [Gesamtkirchgemeinde Bern](#), l'[USS](#) et le [PS](#) demandent que soit ajouté aux critères énoncés à l'art. 13 celui du développement durable

afin, expliquent-ils, de garantir le respect du développement durable sous ses trois dimensions lors de la sélection, de l'organisation et de la surveillance de toutes les procédures d'acquisition. Les **Verts** souhaitent créer à cet endroit une disposition qui oblige les autorités à vérifier, au moins, le respect d'exigences écologiques et sociales telles que les conditions de travail et de protection des travailleurs, par exemple.

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

Propositions de portée générale

SO, l'**Aéroport de Zurich SA**, la **SVIT** et le **GSGI** approuvent la disposition et tous les principes qu'elle contient. L'**usam**, la **SSE**, **Infra** et la **CCIG** s'opposent par contre à l'art. 14 AP-LMP et demandent le maintien de la disposition en vigueur. **BLS** souhaite préciser à l'al. 4 que le rapport sur les résultats du contrôle et sur les éventuelles mesures prises est établi gratuitement. Selon **M. Beyeler**, les conventions fondamentales de l'OIT évoquées à l'al. 1 doivent être incluses dans la définition des «*conditions de travail*».

Autres demandes concernant l'art. 14 AP-LMP (mise en œuvre plus rigoureuse / exécution du contrôle et vérification du respect, etc.)

En ce qui concerne l'art. 14 AP-LMP, la **coalition d'ONG pour les achats publics**, la **Gesamt-kirchgemeinde Bern**, l'**USS** et les **Verts** formulent des requêtes supplémentaires: ils souhaitent d'une part que les soumissionnaires s'engagent à respecter les dispositions sur le lieu d'exécution, d'autre part que les adjudicateurs exigent des justificatifs appropriés de ce respect et les examinent rigoureusement. Ils proposent la modification suivante:

«¹ L'adjudicateur n'adjudge le marché qu'aux soumissionnaires étrangers qui respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail en vigueur au lieu d'exécution de la prestation. Pour les prestations exécutées à l'étranger, les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT) normes mentionnées à l'annexe 4 doivent au minimum être respectées. Les soumissionnaires s'engagent à respecter ces exigences et à les contrôler sur le lieu d'exécution de la prestation, et exigent la même chose de leurs sous-traitants. L'adjudicateur exige de la part des fournisseurs des justificatifs appropriés du respect des conditions de travail et des dispositions relatives à la protection des travailleurs. Il contrôle ce respect sur le lieu d'exécution des principales prestations, notamment dans le cadre de l'exécution, ou confie cette tâche à une instance appropriée, en particulier un organe de contrôle paritaire ou une organisation qualifiée largement reconnue.»*

Nouvel al. 1^{bis}: «L'adjudicateur peut, sous réserve de respecter les prescriptions de l'OMC en matière de non-discrimination, exiger le versement de salaires minimaux dépassant les salaires minimaux fixés dans le pays de production, dans le but de garantir aux exécutants une rémunération qui leur permette de subvenir à leurs besoins.»*

Le **PS** partage cet avis sur le fond mais formule des exigences supplémentaires en soulignant la nécessité d'appliquer le principe du lieu d'exécution. Il explique que l'instauration sans examen préalable du principe du lieu de provenance serait contraire à l'art. 7 LCD et entraînerait une concurrence déloyale, ce qui aboutirait à un nivellement des conditions de travail par le bas. Il demande les modifications suivantes:

Al. 2: «L'adjudicateur n'adjudge le marché qu'aux soumissionnaires qui garantissent l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes et qui le prouvent au moyen de documents externes appropriés.»*

Nouvel al. 5: «L'adjudicateur n'adjudge le marché qu'aux soumissionnaires qui font appel à deux sous-traitants au plus.»*

Nouvel al. 6: «L'adjudicateur a le droit de refuser un sous-traitant qu'il juge inapproprié. La liste des sous-traitants est soumise à la commission paritaire compétente pour avis.»*

Nouvel al. 7:

«a. Lorsque certains travaux sont confiés à des sous-traitants, l'entrepreneur contractant répond civilement du non-respect par ces sous-traitants des conditions de travail, en particulier des salaires minimaux nets et des conditions de travail visées à l'art. 2, al. 1, de la loi sur les travailleurs détachés (Ldét).

b. L'entrepreneur contractant répond solidairement de tous les sous-traitants qui travaillent pour lui dans une chaîne d'exécution. Sa responsabilité n'est engagée que si le sous-traitant a été préalablement poursuivi sans succès ou s'il ne peut pas être poursuivi.

c. L'entrepreneur contractant peut se dégager de la responsabilité visée à l'al. 1 s'il prouve qu'il a fait preuve, à chaque délégation de travaux, de la diligence requise par les circonstances concernant le respect des conditions de travail et de salaire. Le devoir de diligence est notamment réputé accompli lorsque l'entrepreneur contractant s'est fait remettre par les sous-traitants des preuves crédibles, sous forme de documents et de justificatifs, qu'ils respectent les conditions de travail et de salaire.

«d. L'entrepreneur contractant peut être sanctionné en vertu des art. 46 et art. 47.»*

Le **GSGI**, l'**UVS** et la **FVE** sont eux aussi favorables à l'application et au contrôle rigoureux des dispositions de l'art. 14 AP-LMP. Selon la **FER** et la **FMB**, le respect de ces dispositions ne doit pas être simplement facultatif, et tout manquement ou défaut de preuve doit impérativement entraîner des sanctions (une exclusion immédiate doit être possible). **Swiss Textiles** salue le renvoi aux conventions fondamentales de l'OIT mais considère que l'avant-projet accorde une importance beaucoup trop faible à l'exigence des normes lors de la procédure d'adjudication et au respect de ces normes pendant l'exécution du marché, et qu'en tout état de cause, la déclaration du soumissionnaire dans ce domaine est clairement insuffisante. L'**USP** estime, par rapport à l'art. 14 AP-LMP, que le principe du lieu d'exécution doit rester valable pour les soumissionnaires étrangers, mais que les suisses doivent être soumis au principe du lieu de provenance, comme c'est le cas aux niveaux cantonal et communal. À cet égard, la majorité des participants se prononce en faveur du principe du lieu d'exécution (par ex. **FMB**, **INVESO**, **Calag Carrosserie**, **Carrosserie Hess**, **Lanz+Marti AG** et **FER**).

La **Poste** recommande un rapprochement avec les dispositions en vigueur de l'art. 8, al. 1, let. b, LMP et de l'art. 7, al. 2, OMP. Elle estime notamment qu'il faut remettre l'accent sur la nécessité, pour les soumissionnaires, de garantir qu'ils respectent effectivement les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail déterminantes sur le lieu d'exécution, ce qui selon elle ne ressort pas clairement de la nouvelle formulation. Elle ajoute qu'il faudrait déterminer clairement quels actes de l'adjudicateur suffisent pour prouver, du moins en principe, qu'il assume ses obligations à cet égard (par ex. demande de la déclaration du soumissionnaire, convention sur le respect des dispositions par les soumissionnaires).

Al. 2 Égalité de traitement salarial

GE et la **FVE** saluent l'évocation de l'égalité salariale tout en demandant des précisions et des modifications. Ils estiment que ce principe doit être respecté tant par les soumissionnaires étrangers que par les suisses, preuve à l'appui dans tous les cas, et que l'égalité salariale étant aussi importante que les conditions de travail et que les dispositions relatives à la protection des travailleurs, elle doit également figurer dans le titre.

La **CSDE** salue explicitement le fait que le principe d'égalité salariale entre femmes et hommes fasse l'objet d'un paragraphe distinct à l'art. 14, al. 2, AP-LMP. Elle estime toutefois que cette égalité devrait figurer également dans le titre de la disposition, et qu'à la dernière phrase de l'al. 3 le soumissionnaire doit prouver qu'il respecte les dispositions de toute façon, et pas simplement sur demande. Elle demande par ailleurs que soit inscrite dans la loi la délégation aux bureaux de l'égalité fédéral, cantonaux ou communaux des compétences relatives au contrôle du respect de l'égalité salariale, et que soit précisé à l'art. 14, al. 4, AP-

LMP que les autorités ou les organes de contrôle compétents rendent compte à l'adjudicateur des résultats des contrôles correspondants et des éventuelles mesures prises.

La [CCIG](#), tout en approuvant les règles relatives à l'égalité salariale entre femmes et hommes, considère qu'elles ne présentent pas de lien direct avec les questions de marchés publics et que la prise en compte de ce critère ne devrait pas excéder les obligations existant à cet égard.

Égalité de traitement entre soumissionnaires suisses et étrangers

[Lignum](#) plaide pour que les adjudicateurs exigent explicitement des soumissionnaires suisses et étrangers qu'ils prouvent qu'ils respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail.

L'[UDC](#), [Lanz + Marti AG](#), la [FVE](#), [INVESO](#) et [Lignum](#) craignent que les soumissionnaires suisses ne soient défavorisés par rapport à leurs concurrents étrangers, et insistent pour que tous soient logés à la même enseigne.

La [Poste](#), la [coalition d'ONG pour les achats publics](#), la [Gesamtkirchgemeinde Bern](#), l'[USS](#) et les [Verts](#) sont eux aussi favorables à ce que les règles énoncées à l'art. 14 AP-LMP s'appliquent indifféremment à tous les soumissionnaires, quelle que soit leur nationalité.

Nouvel article: normes écologiques minimales

La [coalition d'ONG pour les achats publics](#), la [Gesamtkirchgemeinde Bern](#), les [Verts](#), l'[USS](#), [swisscleantech](#) et [Swiss Textiles](#) demandent la création d'un nouvel article concernant le respect de normes écologiques minimales.

5.4.3. Art. 15 Récusation

Propositions de portée générale

L'[USIE](#), [constructionsuisse](#), l'[USM](#) et [Commerce Suisse](#) exigent la suppression du passage «*ou du comité d'évaluation*» à l'al. 1 au motif qu'il ne faut pas régler la récusation de membres du comité d'évaluation dans la loi. Ils précisent que dans le cas d'un concours, il appartient aux participants de se récuser, car la composition du comité d'évaluation fait partie intégrante du programme du concours et qu'elle constitue de ce fait un facteur de décision pour la participation ou l'abstention. La [SIA](#) est elle aussi favorable à cette suppression car la disposition et surtout son interprétation erronée de la part des juristes et des juges auraient, selon elle, des conséquences graves sur les projets de planification, au point de menacer l'organisation de concours de projets, voire de la rendre impossible.

[M. Beyeler](#) est très critique à l'égard de l'art. 15 AP-LMP sur le fond et ne voit pas l'intérêt de créer des règles de récusation qui vont nettement moins loin que celles définies à l'art. 10 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA, RS 172.021). L'art. 15 AP-LMP constitue selon lui une réaction disproportionnée aux événements récents survenus dans ce domaine et serait résolument contraire à l'objectif de prévention de la corruption. Il recommande de le remanier de la façon suivante:

«¹ L'art. 57 est applicable.

² Lorsque l'adjudicateur a impérativement besoin de l'aide ou des conseils d'un spécialiste tombant sous le coup de l'art. 10 PA, ce spécialiste est exonéré de l'obligation de se récuser si l'adjudicateur limite l'aide ou les conseils au strict minimum et prend toutes les mesures qui s'imposent pour éviter toute influence partielle sur les décisions.»*

Passages manquant de clarté

C. Schneider Heusi considère que manquent de clarté en particulier les éléments constitutifs de l'al. 1, let. a, d et e et des al. 2 et 3, et que même le rapport ne les éclaire pas suffisamment. Elle demande donc le remaniement de la disposition, voire son abandon pur et simple. L'Aéroport de Zurich SA et la SVIT s'interrogent en particulier sur la portée du passage «[...] ou ont agi pour un soumissionnaire dans la même affaire» à la let. d, et demandent eux aussi son remaniement ou sa suppression.

5.4.4. Art. 16 Préimplication

Propositions de portée générale

Le GS GI, l'AES et C. Schneider Heusi saluent le fait que ce sujet soit désormais réglé dans la loi.

Selon M. Beyeler la question de savoir si un soumissionnaire doit être exclu pour cause de préimplication ne peut pas dépendre de ce qu'un éventuel avantage concurrentiel puisse ou non être compensé, mais de ce qu'il a effectivement été compensé. Dans ce cas seulement, l'égalité de traitement est assurée, et la participation du préimpliqué à la procédure ne pose aucun problème. Il faut donc remanier la disposition en conséquence. La FVE demande à ce sujet des dérogations pour les procédures de gré à gré. La Poste salue l'essentiel de la disposition mais estime qu'il faut en exempter, sur le modèle de l'art. 16, al. 3, AP-LMP, les marchés permanents à mettre au concours périodiquement ou au moins préciser les explications à ce sujet dans le message. Elle souhaite aussi que soit défini plus précisément dans les commentaires le terme «étude de marché».

Marge d'appréciation de l'adjudicateur

La Swico et Swissmem saluent la disposition sur le fond tout en trouvant que la marge d'appréciation laissée à l'adjudicateur est trop grande, et qu'il convient de la limiter.

Al. 2 et 3 «Moyens appropriés pour compenser un avantage concurrentiel» et «étude de marché requise préalablement»

Plusieurs participants demandent que les al. 2 et 3 soient modifiés (SIA, IGS, USIE, usic, Swissmedic, PUBLICA, constructionsuisse, Commerce Suisse, C. Schneider Heusi et M. Beyeler). L'al. 3 en particulier leur paraît perfectible. Certains proposent de le préciser, d'autres de le supprimer purement et simplement.

5.4.5. Art. 17 Détermination de la valeur du marché

Propositions de portée générale

En ce qui concerne le passage «options concernant des marchés subséquents» à l'al. 3, RAILplus préconise une prolongation de la durée de validité de ces options en faisant valoir que dans le domaine ferroviaire, on raisonne systématiquement sur des échéances de plus de dix ans. Elle précise que la jurisprudence actuelle autorise un recours à l'option dans les cinq à huit ans qui suivent la conclusion du contrat portant sur le volume de base.

La COMCO demande que la loi régisse la détermination de la valeur globale en cas de prestations récurrentes et propose la création d'un nouvel al. 7:

«⁷ Lorsque l'adjudicateur adjuge plusieurs marchés de fournitures ou de services du même type ou qu'il subdivise un marché de fournitures ou de services en plusieurs marchés du même type (lots), les rémunérations effectives des douze derniers mois ou les rémunérations escomptées pour les douze mois qui suivent le premier marché constituent la base de l'estimation de la valeur du marché.»* M. Beyeler tient à souligner explicitement, concernant

l'art. 17 AP-LMP, que la valeur du marché estimée avant le lancement de la procédure est et reste déterminante concernant tant les valeurs seuils que le seuil de protection juridique. [C. Schneider Heusi](#) demande qu'on ajoute à l'art. 17, al. 6, AP-LMP une indication de durée maximale (pas plus de quatre ans en règle générale).

Renvoi aux listes de prix indicatifs et aux taux de régie indicatifs

La [SIA](#), les [USIE](#), [constructionsuisse](#), la [FVE](#) et [Commerce Suisse](#) demandent que l'estimation de la valeur d'un marché puisse se fonder sur des listes de prix indicatifs et des taux de régie indicatifs et que la loi soit adaptée dans ce sens.

5.4.6. Art. 18 Droit de regard

Propositions de portée générale

Le [PS](#) demande que le droit de regard soit accordé et la chaîne des sous-traitants révélée systématiquement. Il demande la création de registres sectoriels, en relation avec l'art. 14, et estime qu'il faut impérativement contrôler et enregistrer publiquement le respect, par les soumissionnaires, des dispositions relatives à la protection des travailleurs, des conditions de travail, des obligations en matière d'annonce et d'autorisation visées à l'art. 6 de la loi sur le travail au noir (LTN, RS 822.41) et de l'égalité de traitement entre femmes et hommes.

La [Poste](#) recommande de faire usage du droit de regard avant la conclusion du contrat, tout en se demandant sur quelle base on peut déterminer objectivement qu'un prix est trop élevé.

Propositions de rejet

L'art. 18 AP-LMP est rejeté par l'[USIE](#), [constructionsuisse](#), l'[USM](#), [IGS](#), [Swissmem](#), [suissetec](#), la [SIA](#), [E. Ramer](#), l'[usam](#), [Commerce Suisse](#), [C. Schneider Heusi](#), [ICT Cluster Bern](#), [M. Beyeler](#), la [Swico](#), la [SSE](#), l'[usic](#), l'[Infra](#), la [FVE](#), la [SVIT](#) et le [Conseil des EPF](#). Certains d'entre eux demandent sa suppression pure et simple au motif qu'il constitue une atteinte unilatérale inadmissible au principe «*pacta sunt servanda*».

5.5. Chapitre 4 Procédures d'adjudication

La [SVIT](#) approuve les dispositions du chapitre 4. Le [PS](#) souhaite que le respect des prescriptions de l'art. 14 AP-LMP soit garanti par principe et contrôlé efficacement pour toutes les procédures d'adjudication.

5.5.1. Art. 19 Types de procédures

Propositions de portée générale

[suissetec](#), l'[usam](#) et [C. Schneider Heusi](#) sont favorables à une distinction claire entre les différents types de procédure. La [SIA](#), la [FAS](#), [economiesuisse](#), l'[USIE](#), [constructionsuisse](#), l'[USM](#), la [FVE](#), la [SSE](#), [Infra](#), l'[IGS](#), l'[usic](#) et [Commerce Suisse](#) demandent à cet égard que les adjudicateurs n'aient pas la liberté d'opter pour une procédure de rang supérieur. Ils estiment que les valeurs seuils doivent être pleinement exploitées et que ce sont elles qui déterminent en fin de compte le choix de la procédure.

Création d'un nouvel al. 3

La [SIA](#), le [GSGI](#) et la [CHGEOL](#) demandent la création d'un nouvel al. 3 qui préciserait que l'adjudicateur peut s'appuyer, dans l'appel d'offres, sur les dispositions d'associations professionnelles.

5.5.2. Art. 20 Procédure ouverte

La [SVIT](#) salue cette disposition, qui n'a fait l'objet d'aucun autre commentaire.

5.5.3. Art. 21 Procédure sélective

Propositions de portée générale

La [SVIT](#) approuve cette disposition.

La [FAS](#) considère régulièrement les critères d'aptitude de la procédure sélective comme trop restrictifs dans la pratique. La [SIA](#), l'[USIE](#), [constructionsuisse](#) et la [FVE](#) souhaitent que cette disposition définisse plus clairement le but de la procédure sélective et que l'al. 1 soit modifié en conséquence. L'[USIE](#) et [constructionsuisse](#) demandent par ailleurs la suppression de l'al. 4. [C. Schneider Heusi](#) souhaite préciser dans l'al. 4 que la limitation du nombre de candidats doit être annoncée dans l'appel d'offres. Le [Conseil des EPF](#) recommande de compléter l'al. 4 selon le sens de l'art. 15 AP-OMP et de supprimer la disposition dans l'ordonnance. La [SSE](#) préfère le terme antérieur de «*procédure de préqualification*»* et souhaite qu'il soit repris dans la disposition. [PUBLICA](#) estime qu'on peut se passer de cette disposition dans la mesure où les limitations sont assouplies à l'art. 42, al. 5, AP-LMP. Elle demande en particulier qu'on supprime la limitation stricte à trois soumissionnaires, ou du moins qu'on l'assouplisse, ce qui rendrait inutile une disposition propre pour la procédure sélective, puisque l'art. 20 en relation avec l'art. 42, al. 5, produit une solution analogue à celle de l'art. 21.

5.5.4. Art. 22 Procédure sur invitation

Propositions de portée générale

La [SVIT](#) approuve la réglementation.

[PUBLICA](#) estime qu'il faut renoncer à la procédure sur invitation. Le durcissement prévu des conditions-cadres et le relèvement des exigences linguistiques incitent les adjudicateurs à choisir une procédure ouverte dès que la valeur du marché dépasse 150 000 francs. La charge de la procédure sur invitation ne diffère plus guère de celle de la procédure ouverte; cette disposition abaisse de fait la valeur seuil à 150 000 francs.

L'[USIE](#), [constructionsuisse](#), l'[USM](#) et la [FVE](#) demandent la suppression de l'al. 2. Celui-ci leur paraît en effet superflu dès lors que les valeurs seuils sont déjà définies dans le projet d'OVS.

Al. 5 Nombre d'offres à demander

La [SIA](#) souhaite qu'un nombre minimum de participants soit défini pour la procédure sur invitation. Des solutions aussi variées que possible sont souhaitables pour garantir des acquisitions axées sur le résultat. Le règlement SIA 142 ne fixe pas le nombre de participants à une procédure sur invitation ou à une procédure sélective pour autant qu'on le détermine «*dans la perspective d'obtenir un éventail de solutions suffisamment large*». En revanche, le règlement SIA 143 exige au moins trois participants pour une procédure sur invitation.

À l'inverse, d'autres participants à la consultation estiment que le nombre d'offres à demander devrait être limité à trois au maximum ([usic](#), [Commerce Suisse](#), [usam](#), [FVE](#), [suissetec](#), [swisscleantech](#)), ce qui permettrait d'augmenter l'efficacité tout en garantissant une concurrence suffisante. L'[USIE](#), [constructionsuisse](#) et l'[USM](#) partagent cet avis, mais demandent que la limitation ne s'applique ni aux concours d'études ni aux concours portant sur les études et la réalisation.

L'UDC considère que l'al. 5 est inutile et propose sa suppression. La disposition engendrerait une hausse des coûts au niveau tant du soumissionnaire que de l'adjudicateur.

5.5.5. Art. 23 Procédure de gré à gré

Propositions de portée générale

La FAS, l'USIE, constructionsuisse et l'USM demandent que les services adjudicateurs appliquent systématiquement la procédure de gré à gré, tout en respectant leur devoir d'appréciation et la marge de manœuvre que leur confère la loi. Il conviendrait de renoncer au libre choix d'une procédure de rang supérieur. Les négociations devraient être admises dans le cadre de la procédure de gré à gré pour permettre des décisions rapides et maintenir les coûts à un faible niveau. Le PLR et Développement Suisse déplorent que le projet comprenne des possibilités juridiques trop vastes pour la procédure de gré à gré. Il aurait fallu combler les lacunes des marchés publics en la matière. JU souhaite des adaptations sur le fond et sur la forme. Il propose, par exemple, de scinder la norme en deux dispositions pour réglementer séparément la procédure de gré à gré ordinaire et la procédure de gré à gré extraordinaire.

Al. 1 Demande d'offres à des fins de comparaison

Dans leurs avis, plusieurs participants abordent le droit de demander des offres à des fins de comparaison, qui figure à l'al. 1. JU souhaite qu'un nombre maximum d'offres soit défini dans la disposition. L'usam, IGS, l'USIE, constructionsuisse, l'USM, Commerce Suisse, l'usic et la FVE demandent que le droit de demander des offres soit supprimé ou qu'un seul soumissionnaire puisse être contacté directement dans cette procédure. Il est précisé ici et là que la délimitation avec la procédure sur invitation serait difficile dans le cas inverse. De plus, il est absurde d'un point de vue économique d'obtenir un nombre important d'offres dans une procédure de gré à gré et de les soumettre à une évaluation complexe. La SVIT aimerait que le nombre de participants à cette procédure demeure faible. C. Schneider Heusi estime que les conditions et les restrictions relatives aux offres à des fins de comparaison devraient être exposées en détail au moins dans le rapport explicatif.

Al. 2, let. b Conditions

La COMCO souligne que l'existence d'une concertation entre concurrents ne peut généralement pas être constatée dans les délais inhérents à une procédure d'adjudication. La disposition devrait être modifiée comme suit: *«des indices suffisants amènent à penser que ~~toutes~~ les offres présentées dans le cadre de la procédure ouverte, sélective ou sur invitation ont été concertées.»**

Al. 2, let. c Conditions

La COMCO considère qu'il s'agit d'une condition importante, qui devrait toutefois être interprétée au sens strict. Elle mentionne le fait que des précisions concernant les particularités techniques ou artistiques sont proposées dans les commentaires. Le Conseil des EPF souhaite que les *«particularités scientifiques»** justifient également une procédure de gré à gré en vertu de cette disposition. De plus, la partie sur la *«solution de rechange adéquate»* est superflue et peut être supprimée. La SVIT exige la suppression pure et simple des passages *«particularités techniques»* et *«pour des motifs relevant de la propriété intellectuelle»*. Dans de tels cas, l'exclusivité de la fourniture des prestations ne saurait selon elle légitimer une procédure de gré à gré.

Al. 2, let. d Conditions

La COMCO propose certaines précisions dans le texte de loi et dans le rapport explicatif. Elle demande que la dérogation basée sur l'urgence à la let. d se limite uniquement aux cas dans lesquels une procédure ouverte serait impossible même en raccourcissant les délais.

SO salue la norme et estime qu'elle est plus compréhensible et mieux applicable que la disposition en vigueur, qui se fonde sur l'«*interchangeabilité*» (art. 13, al. 1, let. f, OMP).

Sunrise SA demande des précisions: les procédures de gré à gré au sens de la let. e ne devraient pas être admises si le soumissionnaire initial est une entreprise contrôlée par l'adjudicateur. Sinon, dans le domaine des télécommunications, l'exclusivité en faveur de Swisscom SA risque d'être pérennisée. Dans cette branche, un changement de soumissionnaire s'accompagne toujours de frais de transfert et de défis techniques considérables. economiesuisse partage cet avis. Dans le secteur des télécommunications et les domaines apparentés, il faut veiller à ce qu'un appel d'offres ne soit pas axé dès sa conception première sur les soumissionnaires établis appartenant à l'État. Or ce risque existe, par exemple, si l'on invoque des aspects liés à la sécurité ou si une procédure de gré à gré est choisie pour des marchés subséquents en raison de frais de transfert trop élevés. En ce qui concerne les offres de soumissionnaires partiellement ou entièrement contrôlés par l'État ou occupant une position dominante sur le marché, on vérifiera de manière particulièrement critique que tous les coûts sont pris en compte. Dans le cas contraire, l'existence même d'une concurrence serait entravée.

Dans son avis, PUBLICA demande que la let. e ne constitue pas une obligation, mais soit formulée de manière potestative, car un «*achat subséquent*» priverait durablement le marché de ces acquisitions. La formulation proposée à la let. e contribue à renforcer les structures existantes et incite à renoncer à un examen de l'économicité, de la qualité et de l'innovation. De plus, une telle procédure va à l'encontre du concept de cycle de vie. Il est certes judicieux de pouvoir adjuger les marchés subséquents au soumissionnaire initial si les conditions correspondantes sont réunies, mais PUBLICA estime que cela devrait également être possible dans une procédure ouverte. Pour éviter des coûts supplémentaires, l'appel d'offres comporterait une condition selon laquelle le «*nouveau*»* soumissionnaire serait prêt, par exemple, à fournir certaines prestations propres ou à prendre en charge le surcoût inhérent au changement de soumissionnaire. Cela pourrait être pris en compte dans les critères d'aptitude au sens de l'art. 31 AP-LMP.

Le PLR et Développement Suisse pensent que les marchés subséquents devraient systématiquement faire l'objet d'un appel d'offres. Il faut éviter que la condition énoncée à la let. e ne devienne la règle. C. Schneider Heusi s'oppose à la réglementation: se baser uniquement sur «*des difficultés importantes*» ou «*une augmentation substantielle des coûts*» comporte un potentiel d'abus élevé. Le cas échéant, ces conditions devraient être satisfaites de manière cumulative. Swissmem émet également un avis critique: l'adjudication de gré à gré de marchés subséquents ne devrait être admise que pour des objets identiques qui ne sont pas cotés sur le marché. Selon M. Beyeler, les dispositions de l'AMP sous-jacentes à celles de la let. e ne sont pas appliquées correctement. La formulation devrait être la suivante: «*e. les prestations destinées à remplacer, à compléter ou à accroître des fournitures, services ou travaux de construction déjà fournis doivent être achetées auprès du soumissionnaire initial, étant donné qu'un changement de soumissionnaire n'est pas possible pour des raisons économiques ou techniques et qu'il entraînerait des difficultés importantes ou une augmentation substantielle des coûts*».*

Le Conseil des EPF déplore que la disposition soit trop stricte et que l'avant-projet continue de ne pas reproduire la réalité actuelle de la recherche. L'acquisition de prototypes (par ex. dans l'ingénierie des machines), de produits initiaux ou d'ouvrages de recherche devrait être considérée dans la disposition, qui serait alors complétée par «*ou des ouvrages*»*.

Al. 2, let. h Conditions

[Lignum](#) demande la suppression de la let. h, car celle-ci pourrait conduire à effectuer des achats exclusivement sur la base d'un prix avantageux, sans tenir compte des principes du développement durable.

Al. 2, let. i Conditions

[C. Schneider Heusi](#) salue l'extension des conditions au sens de la let. i, mais les commentaires du rapport explicatif devraient décrire la condition de manière plus détaillée, en particulier pour les mandats d'étude. La [SIA](#) suggère une autre condition pour appliquer la let. i, à savoir l'adjudication grâce à la méthode dite des deux enveloppes. De plus, il faudrait préciser que le mandat d'étude ne convient qu'aux cas complexes et interdisciplinaires. La disposition devrait donc être adaptée comme suit: «... *l'adjudicateur adjuge la planification subséquente ou, en plus, la coordination des prestations visant à réaliser le travail de conception au lauréat qui a élaboré la solution d'une tâche de planification lors d'un précédent concours d'études ou concours portant sur les études et la réalisation; les conditions suivantes doivent être remplies: [...].*»* Par ailleurs, elle devrait être complétée de la façon suivante: «*L'adjudicateur qui organise un concours d'études ou un concours portant sur les études et la réalisation définit la procédure au cas par cas selon les principes de cette convention. Il s'appuie en général sur les règles en vigueur des associations professionnelles, notamment le règlement SIA 142 sur les concours d'architecture et d'ingénierie.*»*

Al. 3

La [coalition d'ONG pour les achats publics](#), la [Gesamtkirchgemeinde Bern](#), les [Verts](#), l'[USS](#) et le [PS](#) demandent que d'autres informations sur le soumissionnaire retenu figurent dans le rapport interne. Le [COMCO](#) exige une précision à l'al. 3, let. c: le rapport interne doit indiquer quelles conditions visées à l'al. 2 sont remplies. Les commentaires devraient être adaptés en conséquence. Le [SVIT](#) estime que le rapport devrait être librement accessible sur demande.

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

[Commerce Suisse](#), le [GSGI](#) et l'[Aéroport de Zurich SA](#) saluent la disposition. Le [SIA](#) apprécie qu'une mention au sens de l'art. 22.3 du règlement SIA 142/143 (édition 2009) soit possible. La formulation potestative permet dès lors une mention avec une recommandation en vue d'un traitement ultérieur. L'[usic](#), l'[USIE](#), [constructionsuisse](#) et l'[USM](#) demandent que la référence aux règles édictées en la matière par les associations professionnelles soit obligatoire afin qu'il soit tenu compte de l'expérience et de la compétence de la branche. L'utilisation de ces règles doit être recommandée explicitement au moins dans les commentaires. De plus, le mandat d'étude doit être intégré dans la législation.

[M. Beyeler](#) estime en revanche que la référence aux normes des associations est applicable uniquement si elle n'est pas en contradiction avec la loi et l'ordonnance. [Lignum](#) souhaite que le passage «*Il peut se référer aux règles édictées en la matière par les associations professionnelles*» soit également mentionné et commenté dans le rapport explicatif. Cette référence devrait notamment être appliquée lorsqu'elle permet de mettre en œuvre un examen de la durabilité. [C. Schneider Heusi](#) suggère d'étudier attentivement l'art. 24 AP-LMP pour déterminer si l'on peut renoncer à des prescriptions détaillées dans le projet de révision de la Confédération en raison de la réglementation ouverte du projet de révision de l'AIMP ou s'il faut conserver une réglementation spéciale au niveau fédéral. Par ailleurs, on peut se demander si une réglementation dans l'ordonnance serait suffisante et comment la référence aux règles des associations devrait alors être interprétée.

[Swissmedic](#) pense que les concours au sens de l'art. 24 AP-LMP devraient également être possibles pour des prestations informatiques.

5.5.7. Art. 25 Enchères électroniques

Propositions de portée générale

L'[Aéroport de Zurich SA](#), [Swissmem](#), [l'usam](#), [C. Schneider Heusi](#) et la [CCIG](#) soutiennent la création d'une base légale pour les enchères électroniques. En revanche, la [FER](#) et la [FMB](#) estiment que ces enchères sont inappropriées. Même limité aux prestations standardisées, cet outil sert en premier lieu à obtenir des prix bas, ce qui pourrait conduire à une concurrence déloyale. [GE](#) et [SO](#) rejettent fondamentalement les enchères électroniques, tandis que [FR](#) craint qu'elles reposent uniquement sur le prix et n'incitent dès lors à un dumping salarial.

Enchères électroniques uniquement pour les prestations standardisées

La [SIA](#), [Infra](#), la [SSE](#), l'[Aéroport de Zurich SA](#), [l'usic](#), [l'USIE](#), [constructionsuisse](#), [l'USM](#), [Commerce Suisse](#), la [SVIT](#), la [CHGEOL](#), [IGS](#) et la [FVE](#) exigent que les enchères électroniques concernent uniquement les prestations standardisées. La réglementation devrait être adaptée pour exclure les travaux de construction et les prestations intellectuelles du champ d'application.

Prise en compte des critères du développement durable

La [coalition d'ONG pour les achats publics](#), la [Gesamtkirchgemeinde Bern](#), [l'USS](#), le [PS](#) et les [Verts](#) précisent dans leurs avis que des critères environnementaux et sociaux doivent également être pris en compte lors des enchères électroniques. Si celles-ci se focalisent exclusivement sur le prix le plus bas, elles tendent à encourager le non-respect et le contournement des aspects inhérents au développement durable et, partant, à engendrer une distorsion de la concurrence.

5.5.8. Art. 26 Négociations

Propositions de portée générale

La [CCIG](#) pense que des négociations sont acceptables, mais elles ne devraient se dérouler que dans un cadre strictement défini pour éviter une pression excessive sur les prix et sur la qualité. De manière générale, la [Poste](#) et les [CFF](#) s'opposent à une restriction des possibilités de négocier. Les négociations sont réduites, à tort, à de simples discussions sur les prix. En particulier, la norme proposée restreint la liberté d'action entrepreneuriale des services adjudicateurs alors que la révision de l'AMP ne le justifie pas. De plus, l'expression «*prestations complexes*» pourrait entraîner un conflit d'interprétation et une insécurité juridique. [RAILplus](#) souligne également qu'un soumissionnaire pourrait remettre une autre offre selon les possibilités de négociation prévues.

Dans leurs avis, [Swissmedic](#), [l'Aéroport de Zurich SA](#) et les [CFF](#) sont explicitement favorables à de simples négociations sur les prix.

[Swissmem](#) décrit les négociations comme un instrument très utile pour l'acquisition de produits et systèmes complexes, notamment, mais il faudrait interdire explicitement les négociations qui porteraient exclusivement sur le prix. Pour bénéficier effectivement des avantages inhérents aux négociations, il faut s'assurer qu'elles concernent tous les aspects du rapport prix/prestations. La [SIA](#), [economiesuisse](#), [IGS](#), [l'usam](#), la [FER](#), [suissetec](#), [swisscleantech](#), [l'usic](#), [Infra](#), [l'USIE](#), [constructionsuisse](#), [Commerce Suisse](#), la [FVE](#), [l'USM](#), le [Centre Patronal](#), la [SVIT](#), [E. Ramer](#) et la [SSIC TI](#) s'opposent également à de simples négociations sur les prix. Certains estiment toutefois que des négociations devraient être ad-

mises dans le cadre de rectifications techniques. Des négociations uniquement basées sur les prix pourraient engendrer une concurrence tarifaire ruineuse entre les soumissionnaires. L'[AIHK](#) exprime, elle aussi, son scepticisme face à des négociations qui dépasseraient la seule rectification technique des offres. La [CCIG](#) précise que les enchères électroniques et les négociations ne doivent pas se traduire par une pression excessive sur les prix et sur la qualité ni par une discrimination des PME. La [SSE](#) demande que l'al. 1 soit formulé comme suit (conformément à l'intitulé du § 30 des directives d'exécution de l'accord intercantonal sur les marchés publics, DEMP): «*Les négociations entre l'adjudicateur et les soumissionnaires sur les prix, les remises de prix et modifications des prestations sont interdites. Elles sont toutefois autorisées dans la procédure de gré à gré.*» Les al. 2 à 4 devraient être supprimés. [C. Schneider Heusi](#) demande que l'art. 26 AP-LMP soit modifié en profondeur. La conduite de négociations doit se limiter aux projets d'acquisition complexes ou nouveaux et les conditions visées à l'al. 2 devraient s'appliquer uniquement aux cas relevant de la let. c. L'al. 1 doit également préciser si des négociations ne portant que sur le prix sont admises. À cet égard, des contradictions avec le P-AIMP ont été constatées. Par ailleurs, l'al. 3 ne fixe pas les conditions permettant de limiter le nombre de participants. Or cette limitation est délicate en vertu de l'égalité de traitement. [M. Beyeler](#) déplore, lui aussi, que la Confédération et les cantons interprètent différemment dans leurs rapports explicatifs une disposition formulée de manière uniforme. Contrairement aux cantons, la Confédération prévoit à l'art. 26 AP-LMP la possibilité de simples négociations sur le prix. En outre, l'al. 3 doit indiquer que le choix des soumissionnaires participant aux négociations repose sur une évaluation provisoire des critères d'adjudication. Seule une telle procédure justifie la non-prise en compte des soumissionnaires qui n'ont manifestement aucune chance d'obtenir le marché.

L'[UVS](#) précise que la majorité des villes sont sceptiques concernant les négociations. Les [cantons](#) qui se sont exprimés pendant la consultation de la Confédération ([AG](#), [AI](#), [ZG](#), [SO](#), [FR](#), [GE](#), [SH](#) et [TI](#)) ainsi que la [FER](#) et la [FMB](#) s'opposent aux négociations. Il est notamment souligné qu'elles sont en contradiction avec les principes de transparence et d'égalité de traitement et qu'elles tendent à encourager les pratiques déloyales. De plus, il faut s'attendre à ce que les prix mentionnés dans les offres intègrent une marge de négociation.

Propositions concernant une focalisation cohérente sur l'offre la plus avantageuse en termes de développement durable

La [coalition d'ONG pour les achats publics](#), la [Gesamtkirchgemeinde Bern](#), l'[USS](#) et le [PS](#) demandent que la réglementation soit axée sur l'«*offre la plus avantageuse sur le plan social, environnemental et économique*»* plutôt que sur l'«*offre économiquement la plus avantageuse*».

Propositions concernant l'al. 2

[PUBLICA](#) et l'[AES](#) estiment que l'al. 2 n'est pas exhaustif et demandent une précision correspondante: «*Les négociations, pour autant qu'elles aient été annoncées dans l'appel d'offres, sont notamment admises: [...].*»*

Al. 2, let. a Modifications peu importantes des prestations

Le [GSGI](#) et la [CHGEOL](#) rejettent la possibilité de mener des négociations en cas de «*modifications peu importantes des prestations*», car cela revêt inutilement un risque de corruption. La let. a doit être supprimée. Ces modifications doivent être communiquées à tous les soumissionnaires pendant la procédure d'appel d'offres ou réglementées après la décision d'adjudication.

5.5.9. Art. 27 Annonce et procès-verbal

[Swissmem](#) souhaite ajouter un nouvel al. 3 et y préciser que le procès-verbal doit être signé par toutes les personnes présentes.

SO considère que la réglementation de l'art. 27 est floue. La FVE s'oppose, elle aussi, à cette réglementation et demande donc la suppression de l'art. 27. Les négociations orales tendent à favoriser les abus.

5.5.10. Art. 28 Dialogue

Propositions de portée générale

Le PLR, Développement Suisse, Infra, la SSE, l'usam et l'Aéroport de Zurich SA saluent l'introduction d'une procédure de dialogue dans la loi, car c'est un outil utile pour les acquisitions complexes. La SSE regrette cependant que la possibilité de conclure des mandats d'étude et qu'une réglementation sur l'utilisation du partenariat public-privé (PPP) fassent défaut. C. Schneider Heusi est également favorable à la création d'une base légale, mais elle demande que le processus et les exigences relatives à la complexité des marchés soient décrits de manière plus précise. De plus, elle propose quelques modifications de l'al. 3. La FAS salue, elle aussi, la réglementation explicite du dialogue. Avec la SVIT, elle souhaite que les prestations intellectuelles fournies dans le cadre de ce dialogue soient rémunérées.

L'USIE, constructionsuisse, l'USM, l'usic et Commerce Suisse considèrent la réglementation comme extrêmement positive, mais l'expression «*prestations innovantes*» doit être précisée ou il faudrait plutôt parler de «*prestations intellectuelles*»*. Sinon, le champ d'application du dialogue risquerait d'être trop restreint. De plus, il est demandé que la procédure soit réglementée de façon plus détaillée et qu'elle s'appuie si possible sur les règles correspondantes des associations professionnelles. Dans la pratique, le dialogue doit répondre à des règles claires; c'est un aspect essentiel pour l'adjudication de prestations complexes ou intellectuelles, notamment pour des prestations d'étude et d'entreprise totale, de sorte qu'il faut encourager son application.

La FVE ainsi que SO et GE estiment que le dialogue visé à l'art. 28 n'est pas souhaitable. Le Centre Patronal s'y oppose également, mais il souligne qu'un dialogue serait envisageable à certaines conditions pour des marchés complexes.

La SIA et la FAS pensent que les dispositions de l'art. 28 sur le dialogue sont insuffisantes pour garantir les principes fondamentaux de transparence, d'égalité de traitement et de concurrence loyale. Il faudrait donc, à titre complémentaire, renvoyer dans un nouvel al. 7 aux prescriptions du règlement SIA 143 pour les mandats d'étude relatifs à l'architecture et à l'ingénierie. Les prestations intellectuelles fournies lors du dialogue doivent être rémunérées de manière appropriée.

Swissmedic souligne quelques ambiguïtés concernant la non-prise en compte de soumissionnaires ou leur exclusion du dialogue. La norme doit explicitement mentionner l'exclusion au moyen d'une décision sujette à recours. M. Beyeler souhaite l'ajouter comme motif d'exclusion à l'art. 46. De plus, il indique que les critères permettant de limiter le nombre de participants au dialogue doivent être objectifs et transparents et être communiqués dès l'appel d'offres. Pour des questions de cohérence, ces critères devraient être aussi proches que possible des critères d'adjudication.

Demande de procédure autonome

Swissmem et la Swico saluent de manière générale l'introduction du dialogue dans l'AP-LMP. Compte tenu de l'importance du dialogue dans les marchés complexes, ils demandent tous deux la création d'une procédure autonome avec un champ d'application clairement défini.

Dialogue également dans la procédure sur invitation

Plusieurs participants à la consultation ([Conseil des EPF, SIA, CFF](#)) indiquent qu'un dialogue au sens de l'art. 28 doit également être possible dans une procédure sur invitation et demandent que l'al. 1 soit complété en conséquence.

Aspects relatifs au développement durable

La [coalition d'ONG pour les achats publics](#), la [Gesamtkirchgemeinde Bern](#), le [PS](#) et l'[USS](#) exigent que la disposition soit axée de manière cohérente sur les aspects du développement durable. L'al. 3 précisera cet objectif comme suit: «³ Il engage [...] un dialogue visant à concrétiser l'objet du marché ainsi qu'à déterminer et à fixer les solutions et les procédés applicables sur le plan technique ou pour améliorer la durabilité. [...]»*

5.5.11. Art. 29 Contrats-cadres

Propositions de portée générale

L'[AES](#), l'[Aéroport de Zurich SA](#) et [C. Schneider Heusi](#) saluent l'art. 29 AP-LMP. La norme est considérée comme un outil approprié pour créer de la sécurité juridique. [RAILplus](#) approuve également cette disposition.

Le [GSGI](#) estime que la réglementation ne répond pas à l'objectif, car les prestations géologiques ne peuvent de toute façon pas être standardisées. L'[ACS](#) continue de penser que le projet de révision se caractérise par un ancrage du droit des marchés publics dans le secteur de la construction, ce qui se traduit par des processus insatisfaisants ou des résultats économiquement peu avantageux dans les contrats de longue durée relatifs aux technologies de l'information et de la communication. Il faudrait donc examiner si un traitement différencié de ces contrats serait compatible avec le droit supérieur et si le principe d'économie pourrait ainsi être mieux pris en compte dans ce domaine. La concurrence n'est pas opportune s'il est d'emblée fortement probable qu'elle ne permettra pas d'économiser des deniers publics, mais générera au contraire des coûts supplémentaires. [SO](#) rejette la disposition proposée à l'art. 29 AP-LMP; pour ce canton, la réglementation actuelle répond aux exigences.

Remarques individuelles

[Swissmem](#) est favorable aux dispositions sur les contrats-cadres si l'on entend par là des «*conditions commerciales individualisées pour des marchés subséquents*»* dont les biens et les services ont un prix du marché et ne sont soumis à aucune obligation de réception. Toutefois, si ces dispositions visent à déjouer les principes du droit des marchés publics (en particulier la transparence), elles sont clairement refusées. La signature d'un contrat-cadre en application du droit des marchés publics ne doit pas conduire sans autres formalités à des procédures de gré à gré dans les limites de ce contrat.

La [Swico](#) craint que les contrats-cadres ne servent abusivement à remplacer des appels d'offres pour des prestations déficientes et irréalistes au lieu de permettre l'adjudication de projets parfaitement quantifiables. La passation de marchés subséquents (al. 1, 2^e phrase) ne doit donc pas être formulée de manière potestative, mais constituer une obligation. Dès lors, l'al. 4 serait reformulé comme suit: «*Lorsque, pour des raisons suffisantes, des contrats-cadres sont conclus avec plusieurs soumissionnaires, l'adjudicateur peut passer les marchés subséquents soit aux conditions fixées dans le contrat-cadre concerné, sans nouvelle demande à remettre une offre, soit selon la procédure suivante.*»* En revanche, [IGS](#) souhaite supprimer l'al. 4, car il annihile les avantages d'une introduction des contrats-cadres ou est soumis à l'interprétation arbitraire de l'adjudicateur. Les [CFF](#) estiment que le passage selon lequel des contrats-cadres sont conclus avec plusieurs soumissionnaires «*pour des raisons suffisantes*» (al. 4) est restrictif. Il engendrera des questions sur le plan

juridique et doit être supprimé. Le service d'achat doit pouvoir décider de l'opportunité de conclure un contrat-cadre avec plusieurs soumissionnaires.

[M. Beyeler](#) demande plusieurs précisions et adaptations du texte de loi et du rapport explicatif. L'objet des marchés subséquents et leur ampleur maximale doivent être soumis à un appel d'offres et décrits aussi précisément que possible dans le contrat-cadre. De plus, la loi doit préciser que seuls les services des adjudicateurs publics mentionnés dans les documents d'appel d'offres et dans le contrat-cadre peuvent bénéficier de ce dernier. L'al. 3 doit indiquer que l'adjudicateur peut choisir librement une commande unilatérale ou la demande d'une nouvelle offre du partenaire contractuel uniquement si le contrat-cadre le prévoit. La seconde phrase de l'al. 3 n'est pas claire sur ce point. L'al. 4 doit être adapté comme suit: «Lorsque, pour des raisons suffisantes, un appel d'offres porte sur plusieurs contrats-cadres qui concernent un même besoin global et qui sont conclus avec autant de soumissionnaires différents, l'adjudicateur passe les marchés subséquents aux conditions fixées dans le contrat-cadre. Si ce dernier prévoit la possibilité d'une commande unilatérale, l'adjudicateur passe celle-ci auprès du soumissionnaire qui est le mieux classé et qui, dans le cas concerné, est disponible et qualifié selon les dispositions du contrat-cadre. Concernant la possibilité d'une commande unilatérale, le contrat-cadre peut également prévoir que le choix du soumissionnaire auprès duquel la commande sera passée peut être déterminé par les décisions libres de toute influence prises par un grand nombre d'utilisateurs extérieurs au service adjudicateur. Si le contrat-cadre n'autorise pas une commande unilatérale, la passation du marché subséquent répond à la procédure suivante:

a. avant de passer un marché subséquent, l'adjudicateur consulte les partenaires contractuels par écrit et leur fait part de ses besoins spécifiques et, le cas échéant, de précisions concernant les critères d'adjudication fixés dans le contrat-cadre; [...]

*d. l'adjudicateur attribue le marché subséquent au partenaire contractuel qui, dans le cas concerné, est qualifié selon les dispositions du contrat-cadre et qui lui présente l'offre jugée la meilleure sur la base des critères définis dans les documents d'appel d'offres ou dans le contrat-cadre.»**

Procédure et voies de droit

La [SVIT](#) demande que l'adjudication d'un contrat-cadre fasse l'objet d'une décision d'adjudication sujette à recours.

La [SIA](#), l'[USIE](#), [constructionsuisse](#), l'[USM](#), [Commerce Suisse](#), l'[UDC](#) et l'[usic](#) approuvent la possibilité de conclure des contrats-cadres. Celle-ci est judicieuse lorsque plusieurs marchés subséquents doivent être adjugés et qu'un traitement efficace est souhaitable dans l'intérêt de tous les participants. Les gains d'efficience ainsi obtenus ne doivent cependant pas être annihilés par une procédure contraignante lors de l'attribution des marchés subséquents. La [Poste](#) et les [CFF](#) souhaitent préciser dans un nouvel al. 5 qu'une passation de marchés subséquents n'est pas toujours attaquable. Sinon, les avantages et l'objectif de cet outil ne seraient pas atteints. Une mention dans les commentaires ne suffit pas à garantir la sécurité juridique nécessaire.

En revanche, [Swissmem](#) demande que l'attribution d'un marché subséquent et l'adjudication dans le cadre d'une mini-procédure d'appel d'offres bénéficient impérativement des voies de droit prévues dans le droit des marchés publics. [SO](#) estime que certaines questions sont encore en suspens à cet égard: on ignore si l'attribution des marchés subséquents doit également être publiée en tant qu'adjudication au sens de l'art. 50 AP-LMP et peut faire l'objet d'un recours au sens de l'art. 55 AP-LMP ou dans quelles conditions ce serait le cas. Le rapport explicatif ne fournit pas suffisamment d'informations en la matière.

Al. 2 Durée des contrats-cadres

[Swissmem](#) exige que la durée des contrats-cadres ne dépasse pas quatre ans. La dernière phrase de l'al. 2 («*Une durée plus longue peut être prévue dans des cas dûment motivés.*») doit être supprimée. [C. Schneider Heusi](#) est, elle aussi, favorable à une limitation de la durée à quatre ans. De plus, l'al. 2 doit être complété. Une durée plus longue devrait être justifiée dès les documents d'appel d'offres par la complexité du projet ou par les frais d'investissement élevés du soumissionnaire. Une prolongation automatique doit être considérée comme illicite. En revanche, les [CFF](#) souhaitent conserver la réglementation en vigueur, selon laquelle la durée maximale du contrat est de cinq ans. Le [Conseil des EPF](#) estime également qu'une durée de quatre ans est trop courte et il souligne en la matière le surcoût administratif injustifié. L'[UVS](#) aimerait une durée de six ans. De son côté, [RAILplus](#) pense que la durée des contrats-cadres devrait pouvoir excéder cinq ans à certaines conditions. Cette exigence est liée à la particularité du marché du transport ferroviaire, le matériel roulant ayant une durée de vie de 25 à 30 ans environ.

Concernant l'al. 2, [M. Beyeler](#) précise que le droit des marchés publics ne réglemente pas les contrats, mais la manière dont les adjudicateurs doivent les concevoir et les conclure. Il faut indiquer que la durée sera toujours clairement limitée. Seuls les contrats-cadres initiaux adjugés pour une longue durée (avec un motif correspondant) peuvent excéder quatre ans. Les prolongations ultérieures doivent être considérées comme des procédures de gré à gré et ne seront admises que si elles satisfont à la condition visée à l'art. 23, al. 2, let. e, AP-LMP.

5.6. Chapitre 5 Exigences de l'adjudication

5.6.1. Art. 30 Conditions de participation

Propositions de portée générale

Selon [economiesuisse](#), il faut préciser qu'il s'agit simplement de répondre aux obligations légales existantes pour les conditions de participation énoncées. Les conditions générales de participation définies par l'adjudicateur ne doivent pas être étrangères à la finalité ni représenter uniquement une charge pour les soumissionnaires, car l'État abuserait alors de sa position dominante. Les conditions contractuelles doivent être évaluées dans le cadre de l'adjudication et ne sauraient former un dictat unilatéral. De plus, il convient d'éviter que le terme «*s'assure*» ne conduise à des structures de contrôle supplémentaires. [M. Beyeler](#) considère l'al. 1 AP-LMP comme incomplet. Comme indiqué pour l'art. 2 AP-LMP, l'expression «*conditions de travail*» doit être précisée de sorte qu'elle englobe les conventions fondamentales de l'OIT (ou les prescriptions minimales en vigueur sur le lieu de la production). [swisscleantech](#) exige que le respect de la législation sur la protection de l'environnement fasse impérativement partie des conditions de participation mentionnées dans la disposition. [Lignum](#) craint que les soumissionnaires suisses ne soient discriminés par rapport aux soumissionnaires étrangers. La création d'un nouvel al. 3 est demandée: «*En particulier, tous les justificatifs exigés des soumissionnaires suisses doivent également être demandés aux soumissionnaires étrangers à un niveau équivalent.*»* Les commentaires sur l'al. 2 doivent être adaptés comme suit: «*L'adjudicateur peut décider librement des explications ou justificatifs qu'il souhaite requérir concernant l'obligation de respecter l'égalité des salaires, les dispositions relatives à la protection des travailleurs, les conditions de travail et le développement durable.*»* Seule la présentation des justificatifs correspondants permet de vérifier de manière compréhensible les critères relatifs à la durabilité.

Al. 1 Principes généraux

La [SSE](#), [Infra](#), l'[USIE](#), [constructionsuisse](#), l'[USM](#) et [Commerce Suisse](#) considèrent que l'énumération non exhaustive des principaux généraux à l'al. 1 est étonnante et inhabituelle.

La formulation suggère que les pouvoirs publics pourraient fixer d'autres conditions, ce qui ne convainc ni sur le plan pratique ni sur le plan législatif. La SSE demande donc que l'actuel art. 11 AIMP soit repris.

Al. 2 Respect des conditions de participation et déclaration du soumissionnaire

L'Aéroport de Zurich SA salue expressément le fait qu'une déclaration du soumissionnaire puisse être exigée comme justificatif. La SSE, Infra, l'USIE, constructionsuisse, l'USM et Commerce Suisse soutiennent la réglementation visant à demander au soumissionnaire une déclaration ou son inscription sur une liste. Il faut cependant préciser qu'une telle liste peut être tenue soit par l'État soit par les partenaires sociaux, mais dans ce dernier cas, elle devra être approuvée par l'autorité chargée de la déclaration de force obligatoire.

La coalition d'ONG pour les achats publics, la Gesamtkirchgemeinde Bern, Swiss Textiles, l'USS et le PS exigent que des justificatifs appropriés soient systématiquement demandés. La disposition doit être complétée pour que le lieu de fourniture de la prestation et les sites de production des soumissionnaires soient obligatoirement communiqués au service adjudicateur. La transparence au niveau de la chaîne d'approvisionnement doit être systématiquement requise. Le GSGI et Swiss Textiles sont favorables à un contrôle régulier et résolu du respect des conditions de participation. Ce dernier et la surveillance sont non seulement d'actualité pendant la procédure d'adjudication, mais ils doivent également être garantis pendant la fourniture de la prestation. Swiss Textiles propose donc la formulation suivante à l'al. 2: «² L'adjudicateur peut notamment exiger des soumissionnaires qu'ils prouvent le respect des conditions de participation au moyen d'une déclaration ou de leur inscription sur une liste prend sans délai les mesures requises lorsque les dispositions déterminantes risquent de ne plus être respectées ou sont enfreintes et lorsqu'il est nécessaire de changer de producteur ou de site de production. Dans leur offre, les soumissionnaires doivent indiquer et garantir les producteurs et les sites de production prévus ainsi que des alternatives éventuelles pour toutes les prestations essentielles.»* Les Verts soulignent qu'une déclaration du soumissionnaire apparaît judicieuse uniquement si des contrôles aléatoires des informations réputées conformes à la réalité sont effectués et si des mesures pénales sont initiées en cas de fraude. Sinon, il faut s'appuyer sur des systèmes de certification (par ex. preuve d'un système de gestion environnementale et sociale). La BSCI indique également qu'il existe de nombreux systèmes de gestion éprouvés pour les achats durables et qu'ils peuvent facilement être utilisés pour un effet optimum. Seuls les fournisseurs qui appliquent un système internationalement reconnu les obligeant, ainsi que leurs sous-traitants, à respecter les conditions de travail et d'autres critères sociaux devraient être admis.

L'USS et le PS plaident pour une limitation du nombre de sous-traitants. Plus la chaîne de sous-traitance est longue, plus les cas de dumping salarial et social et de concurrence déloyale inhérents au non-respect des conditions de travail sont probables. L'art. 30 AP-LMP devrait donc préciser que les marchés seront uniquement adjugés si l'on recourt au plus à deux niveaux de sous-traitance. GE est, lui aussi, favorable à une limitation de la longueur de la chaîne de sous-traitance, mais il va encore plus loin, puisqu'il souhaite une restriction à un seul niveau. Il faut s'assurer à cet égard que les sous-traitants respectent également ces conditions. Une déclaration du soumissionnaire ne répond pas suffisamment à cet objectif.

On a l'impression que les obligations de contrôle et de surveillance sont remplies uniquement grâce à la déclaration du soumissionnaire; M. Beyeler estime que l'on envoie ainsi un signal erroné à la pratique. Dans la mesure du possible, il faudrait vérifier plus activement la provenance des prestations et le respect des dispositions en vigueur dans les domaines sensibles ou notoirement sujets aux abus. L'al. 2 doit être adapté en conséquence.

5.6.2. Art. 31 Critères d'aptitude

Propositions de portée générale

[economiesuisse](#) souligne qu'une formulation unilatérale des critères d'aptitude pourrait exclure certains acteurs économiques de la concurrence. Cela enfreint le principe de la liberté économique et l'État pourrait ne pas bénéficier d'offres qui seraient économiquement plus avantageuses lors de l'évaluation globale. Seule une approche visant à obtenir autant d'offres que possible encourage la concurrence et l'innovation. Les critères d'adjudication laissent une marge de manœuvre considérable pour fausser le jeu de la concurrence grâce à des prescriptions et restrictions complémentaires. Par conséquent, seuls les objectifs et les critères favorisant la concurrence devraient être déterminants lors de la fixation des règles relatives aux marchés publics.

Pour promouvoir une concurrence efficace, la [SIA](#) précise que les critères d'aptitude devraient être définis de telle sorte que les jeunes spécialistes inexpérimentés et ceux qui ont d'autres qualifications équivalentes puissent participer à la procédure. Cela pourrait être réalisé, par exemple, en admettant des références issues de rapports de travail ou provenant d'autres catégories de construction.

[C. Schneider Heusi](#) suggère de renoncer au terme «essentiels» à l'al. 1. En principe, les critères sont essentiels; sinon, ils ne constitueraient pas des critères d'aptitude. La [SVIT](#) est également favorable à cette suppression. La [CHGEOL](#) salue le fait que les capacités professionnelles, financières, économiques, techniques et organisationnelles des soumissionnaires ainsi que leur expérience puissent être des critères d'aptitude. [PUBLICA](#) propose que les requêtes concernant des marchés subséquents soient également considérées comme un critère d'aptitude. De plus, l'art. 31 AP-LMP devrait être complété avec l'alinéa suivant: «*Au lieu d'une adjudication de gré à gré sur la base de l'art. 23, al. 2, let. e, la fourniture de prestations supplémentaires par de nouveaux soumissionnaires peut être définie comme critère d'aptitude pour compenser entièrement ou partiellement les défauts d'une procédure de gré à gré.*»* La [Swico](#) demande que l'acceptation des conditions de vente prédéfinies par l'adjudicateur ne constitue plus à l'avenir un critère d'aptitude. Ces critères doivent se référer exclusivement aux soumissionnaires, à leurs capacités et à leur expérience. Il convient de le préciser dans un nouvel al. 5.

Al. 2 «Capacités financières»

La [SIA](#), l'[USIE](#), [constructionsuisse](#) et l'[USM](#) estiment que l'expression «*capacités financières*» n'est pas suffisamment précise. Les appels d'offres comprennent souvent des formulations inappropriées pour documenter l'aptitude financière (par ex. «*adéquation entre le volume annuel des marchés et le chiffre d'affaires moyen*» ou «*le chiffre d'affaires annuel est deux fois plus élevé que le chiffre d'affaires annuel de l'adjudicateur*»). De plus, cela entrave, voire empêche, l'accès au marché des jeunes entrepreneurs ou des petites entreprises et constitue dès lors une violation du principe d'égalité de traitement et de la liberté économique. La [SVIT](#) partage cet avis et demande que la différence entre les critères d'aptitude financiers et économiques soit expliquée dans la loi, dans l'ordonnance ou, au moins, dans le message correspondant. La [FVE](#) souhaite également des précisions sur le critère de la capacité financière.

Propositions concernant l'al. 2

L'[usic](#) salue le fait que l'expérience soit prise en compte comme critère d'aptitude, tout comme [Commerce Suisse](#); ce critère doit cependant être précisé de manière suffisante. En revanche, la [SVIT](#) s'y oppose totalement. La [coalition d'ONG pour les achats publics](#), la [Gesamtkirchgemeinde Bern](#), les [Verts](#) et l'[USS](#) souhaitent que l'«*expérience*» soit remplacée par le passage «*et garantissent que ces derniers peuvent travailler durablement sur le plan social, environnemental et économique*»*. [Lignum](#) estime également que l'intégration de critères d'aptitude liés au développement durable est souhaitable et demande que l'al. 2

soit complété en conséquence. La disposition pourrait indiquer comme critères d'aptitude spécifiques, par exemple, la mise en place de systèmes de gestion de la qualité et/ou de gestion environnementale ou une meilleure adéquation écologique des méthodes et procédés de production. UR est d'avis que les places de formation pour les apprentis devraient être prises en compte comme critère d'aptitude. La FVE plaide pour que la formation et le nombre de collaborateurs fassent partie des critères d'aptitude. De plus, il est souligné que l'adjudicateur devrait pouvoir vérifier par lui-même les références du soumissionnaire.

Al. 3

La coalition d'ONG pour les achats publics, la Gesamtkirchgemeinde Bern et l'USS demandent que les systèmes de gestion sociale et environnementale soient mentionnés explicitement en tant que preuves dans la disposition, car ils sont plus pertinents que des mesures isolées (par ex. audits individuels). Par ailleurs, le contrôle systématique des preuves par l'adjudicateur envoie un signal clair aux soumissionnaires et accroît dès lors le caractère obligatoire du respect des critères d'aptitude.

Al. 4

constructionsuisse, l'USM, l'USIE et la SSE saluent l'al. 4. Il est positif de ne pouvoir poser comme condition que le soumissionnaire ait déjà obtenu des marchés d'un adjudicateur soumis à la loi. De plus, il faut préciser que la réalisation d'une partie minimum du marché par l'entreprise soumissionnaire elle-même constitue une condition illicite. Il est donc demandé d'adapter l'al. 4 comme suit: «⁴ Il ne peut poser comme condition que le soumissionnaire ait déjà obtenu un ou plusieurs marchés d'un adjudicateur soumis à la présente loi ou qu'il assure lui-même une part minimale de l'exécution du marché adjugé.» Selon C. Schneider Heusi, l'al. 4 ou les commentaires du rapport explicatif soulèvent plusieurs questions. Elle recommande d'indiquer clairement dans le message que l'exécution précédente de marchés pour l'adjudicateur ou d'autres services adjudicateurs peut être évaluée en tant que référence, dans les limites fixées par la jurisprudence pour l'appréciation des propres références.

5.6.3. Art. 32 Listes

La FVE salue la possibilité de tenir une liste de soumissionnaires qualifiés et souhaite que cela soit obligatoire. L'usam et suissetec estiment également opportun de ne pas devoir fournir à chaque fois des attestations ou des références telles que le respect d'une convention collective de travail ou de règles environnementales, etc.

Le GSGI ne considère certes pas les listes comme contraires à la concurrence, mais elles ne sont judicieuses que si les prestations sont formulées au sens strict. Des listes générales ne répondent guère à l'objectif, d'autant que le domaine des tâches peut être très vaste et les compétences très différentes. La SSE est favorable à la solution proposée, mais le titre devrait être complété comme suit: «*Listes permanentes*»*. De plus, le terme «*adjudicateur*» à l'al. 1 est mal choisi, car la liste ou la liste permanente est tenue par l'État (Confédération ou canton) et non par l'office. Par ailleurs, cette liste ne devrait pas être établie par une commune, une corporation ou une entité similaire. Si un particulier ou un organisme privé souhaite tenir la liste, il doit obtenir une autorisation de l'autorité chargée de la déclaration de force obligatoire de la convention collective de travail correspondante (Conseil fédéral ou, au niveau cantonal, Conseil d'État). JU estime, lui aussi, que la formulation de l'al. 1 n'est pas convaincante et demande que «*l'adjudicateur*» soit remplacé par «*l'adjudicateur ou l'autorité désignée*».

La SIA rejette l'art. 32 AP-LMP et demande sa suppression pure et simple. Le cercle des soumissionnaires risque d'être restreint arbitrairement. De plus, la tenue d'une liste augmenterait la bureaucratie et ne prendrait pas suffisamment en compte les exigences relatives à la protection des données. Cette liste doit être tenue centralement et en toute indépen-

dance. La [SVIT](#) s'oppose également à la réglementation: des listes de ce type entravent la concurrence et sont contraires au droit des marchés publics. [GE](#) doute de leur efficacité.

5.6.4. Art. 33 Critères d'adjudication

Propositions de portée générale concernant l'al. 1

[economiesuisse](#) met en garde contre la création d'entraves au commerce. L'[usam](#) demande qu'une vaste gamme de critères d'adjudication et, partant, la prestation globale proposée dans une offre soit prise en compte lors du processus d'adjudication. L'[AES](#) souhaite rayer la «rentabilité» des critères d'adjudication énoncés à l'al. 1. Celle-ci représente l'objectif supérieur du marché public et doit donc être concrétisée au cas par cas par les critères d'adjudication. Sa mention dans ces derniers se traduit par une tautologie. [swisscleantech](#) recommande d'ajouter les systèmes de gestion environnementale internationalement reconnus parmi les critères d'adjudication pour simplifier les possibilités de vérification et le processus d'évaluation. Les normes ISO, par exemple, seraient adaptées à cette fin. La [FVE](#) pense que la «formation» et l'«expérience professionnelle» devraient être ajoutées aux critères. [E. Ramer](#) recommande de supprimer le terme «notamment» à l'al. 1, car il implique que tous les critères énumérés doivent être considérés, ce qui n'est pas l'intention recherchée.

[Sunrise SA](#) demande que la Confédération tienne impérativement compte, lors de l'adjudication, de l'objectif de la législation sur la promotion de la concurrence dans les secteurs soumis à une réglementation spéciale correspondante. Le message doit être adapté en conséquence.

Les [Verts](#) saluent l'intégration des coûts du cycle de vie parmi les critères d'adjudication. D'après les directives européennes, il faut cependant apporter des précisions et adapter la disposition de la manière suivante: «¹ L'adjudicateur évalue les offres sur la base de critères d'adjudication en lien avec les prestations. Outre le prix de la prestation, il peut/doit tenir compte de critères environnementaux et sociaux relatifs au développement durable. Il peut également prendre en considération des critères tels que la qualité, l'adéquation, les délais, la valeur technique, la rentabilité, les coûts d'exploitation et les coûts du cycle de vie, ~~et~~ compris les effets externes sur l'environnement, l'esthétique, le développement durable, la créativité, le service après-vente, les conditions de livraison, l'infrastructure, le caractère innovant, la fonctionnalité, le service à la clientèle, les compétences techniques et l'efficacité de la méthode.»* L'[Aéroport de Zurich SA](#) est, lui aussi, favorable à la mention explicite des coûts du cycle de vie dans les critères d'adjudication. [Swissmem](#) approuve également l'indication des coûts d'exploitation et des coûts du cycle de vie. Une disposition supplémentaire prévoyant impérativement des sanctions considérables en cas d'informations incorrectes est cependant demandée. Celles-ci doivent être sanctionnées de telle sorte que les inconvénients inhérents aux engagements non tenus soient entièrement compensés.

De manière générale, la [SIA](#), l'[USIE](#), le [PLR](#), [constructionsuisse](#) et l'[USM](#), notamment, recommandent d'éviter tout critère étranger à l'adjudication.

Al. 1 Le prix comme critère d'adjudication

De nombreux participants à la consultation pensent que le prix bénéficie d'une pondération trop élevée (par ex. [FMB](#), [FER](#), [FVE](#) et [CCIG](#)). Plusieurs demandent à cet égard qu'une distinction soit opérée entre les biens standardisés et les prestations (de service) complexes ou intellectuelles ([usam](#), [suissetec](#), [Infra](#), [GSGI](#), [Centre Patronal](#), [swisscleantech](#), [SSIC TI](#)). La [FAS](#) souligne que l'acquisition de services créatifs et intellectuels, tels que ceux des architectes et des ingénieurs, diffère sensiblement de l'achat de prestations standardisées. Dans le cas de tels services, l'accent doit être mis sur les critères qualitatifs et non sur le prix, fait dont l'AP-LMP ne tient pas suffisamment compte. [economiesuisse](#) estime égale-

ment que le projet de révision accorde unilatéralement une grande importance au prix et que celui-ci ne peut pas être évalué indépendamment des autres critères mentionnés. La [SIA](#), la [SSE](#), l'[usic](#), [Infra](#), [IGS](#), l'[USIE](#), [constructionsuisse](#), [Commerce Suisse](#) et l'[USM](#) arguent que la pondération du prix est généralement fixée en fonction de la complexité de l'objet du marché. Le prix ne peut pas constituer le critère d'adjudication décisif, sauf pour des prestations simples et standardisées. [TI](#) estime qu'aucun critère ne devrait être déterminant à lui seul. Le [GSGI](#) et la [CHGEOL](#) indiquent à ce propos que d'autres critères pertinents pour le projet et garants de la qualité doivent obligatoirement être considérés en plus du prix. De l'avis de l'[USP](#), le prix ne doit pas être le principal critère pour choisir un soumissionnaire. Des arguments économiques régionaux et la collaboration à long terme devraient avoir plus de poids.

[C. Schneider Heusi](#) souhaite que le rapport explicatif précise comment le prix et la différence entre les prix des offres doivent être pondérés.

Al. 1 L'expérience comme critère d'adjudication

La [SIA](#), l'[USIE](#), [constructionsuisse](#), l'[USM](#), l'[usic](#), [Commerce Suisse](#), la [SVIT](#), [IGS](#) et [swisscleantech](#) demandent que l'«*expérience*» figure explicitement parmi les critères d'adjudication possibles au sens de l'art. 33, al. 1, AP-LMP. Des expériences précédentes avec des soumissionnaires dans un projet similaire peuvent constituer un critère de qualité essentiel.

Al. 1 Le développement durable comme critère d'adjudication

Les [Verts](#) et [Swiss Textiles](#) exigent que les aspects environnementaux et sociaux fassent obligatoirement partie des critères d'adjudication. Une disposition potestative n'est pas suffisante. La [coalition d'ONG pour les achats publics](#), la [Gesamtkirchgemeinde Bern](#), l'[USS](#) et le [PS](#) demandent que les services d'achat puissent expressément tenir compte des aspects sociaux qui dépassent les normes de travail minimales visées à l'annexe 4 et les critères de durabilité sur le plan environnemental. Dans son avis, l'[USS](#) souhaite que l'adjudicateur procède à l'adjudication en considérant le respect des conditions de travail sur le lieu d'exécution au sens des commentaires sur l'art. 14 AP-LMP. La [SVIT](#) entend remplacer le critère du «*développement durable*» par l'expression «*meilleure compatibilité environnementale, meilleure compatibilité sociale*»*.

[GE](#) estime que l'art. 33 AP-LMP est trop restrictif et que des critères d'adjudication sociaux et environnementaux devraient également être admis. La disposition doit mentionner explicitement les trois dimensions du développement durable. [Lignum](#) souhaite préciser dans les commentaires que l'évaluation du développement durable dépasse la simple appréciation des coûts du cycle de vie. Ceux-ci se basent uniquement sur les coûts, alors que le développement durable englobe plusieurs autres éléments (caractère social, environnement, obtention des matières premières, etc.). Dans leurs avis, l'[usam](#) et [suissetec](#) précisent qu'il faut accorder une importance adéquate non seulement à la qualité des prestations, mais aussi au développement durable. La [Ligue pulmonaire](#) aimerait que la santé, notamment en relation avec la qualité de l'air ambiant, soit prise en compte comme critère d'adjudication. Par rapport aux récentes évolutions du droit européen des marchés publics, [M. Beyeler](#) estime que l'AP-LMP est dénué de toute ambition en la matière et qu'il est totalement figé par la peur sur le plan social. Il faut examiner l'admissibilité de labels à caractère social internationalement reconnus (par ex. commerce équitable) en tant qu'exigences relatives aux produits (ou aux prestations) et critères d'adjudication. Ces deux aspects sont licites dans l'UE. De plus, il conviendrait, au moins dans les domaines sensibles, que les obligations des adjudicateurs avant et après l'adjudication se traduisent par un contrôle effectif allant au-delà d'une simple déclaration du soumissionnaire et promesse contractuelle.

Le [Conseil des EPF](#) prend acte de la grande importance qu'accorde l'AP-LMP au développement durable. En tenir compte de manière correspondante dans la pondération des critères d'adjudication représente une tâche qualifiée d'exigeante.

Al. 2 Les places de formations pour les apprentis comme critère d'adjudication

AI salue la possibilité de prendre en compte dans la procédure d'adjudication, comme dans la législation en vigueur, les places de formation éventuelles que les soumissionnaires proposent aux personnes en formation professionnelle initiale. Par contre, il refuse que cela concerne uniquement les marchés non soumis aux accords internationaux. Ce critère doit être admissible pour toutes les procédures. La [FMB](#) pense également que cela doit constituer un critère d'adjudication, y compris dans les procédures d'adjudication internationales. La [SSE](#) et [Infra](#) estiment que la restriction aux «*places de formation pour les personnes en formation professionnelle initiale*» est inappropriée. Les stages proposés pour des formations complémentaires jusqu'au niveau des hautes écoles devraient également être comptabilisés, car les entreprises concernées s'engagent tout autant pour la formation et le perfectionnement. L'[usam](#) partage cette opinion et souhaite en outre que la formation des apprentis joue un rôle plus décisif. Une réglementation potestative formulée dans un alinéa distinct ne correspond pas à la volonté de l'auteur de la motion et amoindrit le critère.

[C. Schneider Heusi](#) souhaite savoir si l'expression «*places de formation aux personnes en formation professionnelle initiale*» diffère à dessein de la réglementation actuelle (art. 21 LMP). De plus, le rapport explicatif devrait préciser que l'appréciation du critère des «*apprentis*» doit être linéaire.

La [Swico](#) demande la suppression pure et simple de l'al. 2. L'AMP se limite aux aspects économiques et écologiques du développement durable. Les aspects sociaux, qui vont au-delà de l'AMP, devraient être supprimés au sens d'un rapprochement avec cet accord. [Swissmem](#), l'[AES](#) et [E. Ramer](#) exigent, eux aussi, la suppression de l'al. 2. La formation des apprentis est considérée comme un critère étranger à l'adjudication. On craint que cela n'ait des effets négatifs sur la participation des PME aux procédures d'adjudication ou que les soumissionnaires dont certaines places d'apprentissage sont restées vacantes ne soient désavantagés. Selon [economiesuisse](#), le fait que ce critère réponde à une exigence politique montre comment la concurrence est restreinte unilatéralement au profit d'un critère précis et comment certains participants sont avantagés dans le cadre des marchés publics. Il faut promouvoir la formation des apprentis grâce à d'autres mesures plus ciblées qu'une intervention distordant la concurrence en matière de marchés publics.

Al. 3

Le [GSGI](#), [ICT Cluster Bern](#) et la [CHGEOL](#) estiment délicat de pouvoir renoncer à une pondération en cas de conseils scientifiques et techniques (propositions de solutions ou de procédés). La seconde phrase est en contradiction avec le principe de transparence dans les marchés publics; elle favorise des appels d'offres non structurés et doit donc être supprimée purement et simplement.

[C. Schneider Heusi](#) souhaite que les conditions inhérentes à la renonciation de la pondération (selon la seconde phrase de l'al. 3) soient expliquées de manière restrictive dans le rapport.

5.6.5. Art. 34 Spécifications techniques

Propositions de portée générale

La [SVIT](#) demande que les spécifications techniques soient rédigées de manière générique. Si un produit spécifique est exigé, l'appel d'offres doit être complété par l'expression «*ou équivalent*»*, le soumissionnaire devant prouver l'équivalence. Le caractère impératif ou non

des spécifications ne relève pas du terme «spécifications», mais de la manière dont elles sont abordées dans le droit des marchés publics, souligne [M. Beyeler](#). Sa mention doit être supprimée à l'art. 2, let. m, AP-LMP et ce caractère sera réglementé à l'art. 34 AP-LMP. [ICT Cluster Bern](#) demande que l'expression «*spécifications techniques*» soit remplacée par «*spécifications professionnelles*»*.

La [coalition d'ONG pour les achats publics](#), la [Gesamtkirchgemeinde Bern](#), le [PS](#) et l'[USS](#) exigent que la disposition soit axée sur l'offre la plus avantageuse du point de vue des trois dimensions du développement durable.

Al. 1

[Commerce Suisse](#) considère que la norme sur les spécifications techniques figurant dans l'avant-projet est une amélioration, mais regrette qu'il ne soit plus prévu que ces dernières soient mentionnées dans les documents contractuels. L'al. 1 doit être adapté comme suit: «L'adjudicateur fixe les spécifications techniques nécessaires dans l'appel d'offres ou [...] et éventuellement dans les documents contractuels.»*

Al. 2

[Swiss Textiles](#) exige la possibilité de prescrire des normes sociales minimales en tant qu'exigences relatives aux produits. La disposition doit être adaptée en conséquence. La [SVIT](#) demande que la seconde phrase de l'art. 34, al. 2, AP-LMP soit reformulée de la manière suivante: «*Il se fonde sur des prescriptions techniques appliquées en Suisse, des normes nationales reconnues ou les recommandations de la branche ou, à défaut, des normes internationales.*»* Les soumissionnaires et les services adjudicateurs suisses doivent pouvoir s'appuyer sur des normes suisses coordonnées sur le plan international. La [FVE](#) pense également que les normes suisses devraient être appliquées en premier lieu.

Al. 4

Les [Verts](#) saluent le fait que les spécifications techniques puissent à l'avenir davantage contribuer à la préservation des ressources naturelles et à la réduction de la pollution. La norme doit cependant être formulée comme une obligation afin que les autorités chargées de sa mise en œuvre tiennent automatiquement compte de cette requête. De plus, il est important de considérer l'ensemble du cycle de vie des produits, depuis l'extraction des matières premières jusqu'à l'élimination, ainsi que les critères sociaux. [Swiss Textiles](#) souhaite également que des prescriptions minimales concernant les conditions sociales de la fabrication et du négoce des produits soient ancrées dans la disposition. [SO](#) est tout aussi favorable à l'encouragement de la préservation des ressources naturelles et à la protection de l'environnement, qui est désormais prévu dans la loi. La [coalition d'ONG pour les achats publics](#), la [Gesamtkirchgemeinde Bern](#), le [PS](#) et l'[USS](#) demandent que la disposition soit adaptée de la manière suivante: «⁴ L'adjudicateur peut prévoir prévoit des spécifications techniques destinées à encourager la préservation des ressources naturelles ou à protéger l'environnement et à garantir un développement social durable.»* La [Ligue pulmonaire](#) réclame, elle aussi, que la disposition mentionne la dimension sociale du développement durable, en plus des aspects écologiques et économiques. [Lignum](#) considère cette norme comme un pilier du renforcement de la notion de développement durable dans le droit des marchés publics, en particulier en ce qui concerne l'utilisation du bois (notamment celui issu des forêts suisses). L'al. 4 doit donc être reformulé comme suit: «*L'adjudicateur peut prévoir des spécifications techniques destinées à encourager le développement durable, à savoir la préservation des ressources naturelles ou la protection de l'environnement.*»*

La [FVE](#) souhaite des précisions sur l'al. 4 et préconise d'utiliser avec parcimonie des critères étrangers à l'adjudication comme les exigences relatives à la protection de l'environnement. [Swissmem](#) exige la suppression pure et simple de l'al. 4. En soi, la prise en compte de critères étrangers à l'adjudication contredit l'idée de base du droit des marchés publics et

devrait dès lors être évitée. En sont exclues les acquisitions qui sont étroitement liées aux critères correspondants, ceux-ci devant alors être définis au cas par cas de manière adéquate. C. Schneider Heusi indique que l'al. 4 constitue une réglementation spéciale sur un sujet étranger à l'adjudication qui est inutile dans la loi; il peut être supprimé.

5.6.6. Art. 35 Consortiums et sous-traitants

Propositions de portée générale

L'admissibilité des consortiums est expressément saluée par IGS, l'usic et Commerce Suisse. Une collaboration avec plusieurs partenaires est généralement nécessaire pour les tâches complexes.

Al. 1

L'USS et le PS demandent que les chaînes de sous-traitance soient limitées au plus à deux niveaux. La COMCO estime que les consortiums et le recours à des sous-traitants devraient être autorisés de manière générale. Pour des questions de transparence et pour garantir la concurrence, la disposition doit être modifiée comme suit: «L'adjudicataire doit divulguer à l'adjudicateur les noms des sous-traitants qui participent à l'exécution du marché [éventuellement: et dont la part représente 10 % de la valeur du marché] dès que l'adjudicateur a connaissance de cette participation.»*

Al. 2

L'AES demande que la norme soit complétée de la manière suivante: «L'adjudicateur peut limiter ou exclure la participation de consortiums et le recours à des sous-traitants. En particulier, il peut définir les prestations que le soumissionnaire doit impérativement fournir lui-même.»* La SVIT souhaite insérer un nouvel al. 2: «Les noms, prénoms, domiciles ou raisons sociales et sièges de tous les membres d'un consortium et de tous les sous-traitants doivent être communiqués à l'adjudicateur lors de la candidature. Les membres d'un consortium et les sous-traitants sont également assujettis aux conditions de participation visées à l'art. 30.»*

Al. 3

L'usic et Commerce Suisse saluent le fait qu'une éventuelle exclusion des consortiums doive figurer dans les documents d'appel d'offres (voir l'art. 39, let. f, AP-LMP). Pour coïncider avec le principe énoncé à l'art. 35, al. 1, et à l'art. 39, let. f, AP-LMP, l'al. 3 devrait être reformulé de sorte que la participation multiple de sous-traitants soit admise, à moins d'être exclue dans les documents d'appel d'offres. La Poste propose de remplacer «exclue» par «illicite»* à l'al. 3. Par ailleurs, la question suivante se pose: la participation multiple est-elle en principe exclue ou l'est-elle uniquement au sein de consortiums? La clause doit être reformulée en conséquence. De plus, les effets juridiques d'une participation multiple sont flous. Il faudrait les préciser au moins dans les commentaires. Si possible, cette condition doit faire partie des motifs d'exclusion visés à l'art. 46 AP-LMP.

Al. 4

De l'avis de C. Schneider Heusi, la réglementation ambiguë de l'al. 4 («La prestation caractéristique [...]») empiète sans motif sur la libre appréciation de l'adjudicateur et sur la liberté de contracter. Cet alinéa doit être purement et simplement supprimé. M. Beyeler souhaite également sa suppression. Le service adjudicateur doit pouvoir décider des structures qu'il admet et des prestations qu'il ne veut pas voir réaliser par des sous-traitants. Dans cette optique, il suffit de préciser que le service adjudicateur peut édicter des prescriptions sur le type et l'étendue de la participation des sous-traitants à la fourniture de la prestation. L'AES est critique face au principe énoncé à l'al. 4. La disposition pourrait entraver les adjudications aux entreprises générales ou totales si l'on fait appel à des sous-traitants pour cer-

taines prestations caractéristiques. Son objectif, à savoir exclure les soumissionnaires «*virtuels*»* de la procédure, peut également être atteint en fixant des restrictions correspondantes dans l'appel d'offres.

5.6.7. Art. 36 Lots et prestations partielles

Propositions de portée générale

Le [PLR](#) et [Développement Suisse](#) demandent que la taille des lots soit définie de manière à garantir la faisabilité technique, un traitement efficace et la participation d'autant de soumissionnaires que possible à l'appel d'offres. La taille des lots ne doit donc pas maintenir le nombre de soumissionnaires potentiels à un niveau artificiellement bas afin que les PME (ou, de manière générale, les soumissionnaires suisses) ne soient pas exclues d'emblée par un volume de marché inutilement grand. Il faut éviter toute distorsion de la concurrence par les pouvoirs publics. [economiesuisse](#) estime également qu'il convient de veiller, lors de la conception des lots et de la description des critères, à la remise d'autant d'offres que possible pour encourager efficacement la concurrence. Des spécifications formulées de manière ouverte et permettant des solutions diverses favorisent l'innovation. [Sunrise SA](#) partage cet avis: la taille des lots peut conduire à l'exclusion des plus petits soumissionnaires de l'appel d'offres. L'adjudicateur doit donc la définir de telle sorte que des entreprises privées ou n'ayant pas une position dominante sur le marché puissent également répondre à l'appel d'offres.

Al. 2

La [SSE](#), [Infra](#), l'[USIE](#), [constructionsuisse](#), l'[USM](#), [Commerce Suisse](#), la [FVE](#), la [SVIT](#) et l'[usam](#) souhaitent, pour des questions de transparence, que les lots ou les prestations partielles soient communiqués dès l'appel d'offres. Sinon, cela pourrait entraîner des surcoûts importants.

Al. 3

L'[AES](#) salue le fait que l'al. 3 prévoit la possibilité de limiter le nombre de lots adjugés à un même soumissionnaire.

[C. Schneider Heusi](#) demande que les conditions permettant exceptionnellement à l'adjudicateur de restreindre le nombre de lots adjugés à un même soumissionnaire (et donc d'intervenir sur le marché) soient fixées et appliquées de manière restrictive. L'al. 3 comprend un principe important et une exception qui doit rester comme telle. Il convient de compléter la disposition comme suit: «*Dans des cas exceptionnels dûment motivés, il peut limiter le nombre de lots pouvant être adjugés à un même soumissionnaire.*»* [M. Beyeler](#) exige une précision similaire, à savoir que l'adjudicateur doive justifier de manière suffisante la limitation du nombre de lots.

Al. 5

L'[USIE](#), [constructionsuisse](#), l'[USM](#), [Commerce Suisse](#), la [SSE](#), [Infra](#) et la [FVE](#) demandent que la disposition soit complétée de la manière suivante: «⁵ *Il peut se réserver le droit d'adjudger des prestations partielles dans l'appel d'offres. Il importe de spécifier clairement la possibilité d'un prix plus élevé (et son ampleur) pour une prestation partielle.*»

[C. Schneider Heusi](#) souhaite que l'al. 5 soit supprimé, car il contrevient au principe de transparence et de confiance. Une simple réserve ne suffit pas; l'adjudicateur doit plutôt examiner si les conditions d'une interruption partielle de la procédure sont réunies.

5.6.8. Art. 37 Variantes

La **SVIT** approuve la disposition. **Swissmem** est également favorable à la possibilité de variantes, mais ne voit aucun motif de permettre aux services adjudicateurs d'admettre ou de limiter les variantes, de sorte que la seconde phrase de l'al. 1 devrait être purement et simplement supprimée. **SO** salue la clarification selon laquelle les variantes concernent exclusivement l'objet de la prestation, ce qui exclut les variantes de prix. L'adjudicateur doit définir de manière contraignante comment le prix est déterminé. **C. Schneider Heusi** et **E. Ramer** recommandent de compléter la norme ou le rapport explicatif afin que les catégories de prix ou les modèles de prix alternatifs ne constituent pas des variantes (et soient dès lors illécites). **E. Ramer** suggère de préciser la norme comme suit: «*Les modèles de prix alternatifs ne constituent pas des variantes et ne sont donc pas admis, sauf dispositions contraaires dans les documents d'appel d'offres.*»*

5.6.9. Art. 38 Exigences de forme

Propositions de portée générale

La **FVE** souhaite des précisions et des explications sur les vices de forme pouvant conduire à une exclusion.

Al. 2

ICT Cluster Bern plaide pour que les offres puissent toujours être remises par voie électronique, ce qui déchargerait les entreprises soumissionnaires sur le plan administratif et préserverait durablement l'environnement. La **SVIT** demande que la phrase suivante soit ajoutée à l'al. 2: «*À cet égard, les documents d'appel d'offres ne doivent comporter aucune directive sur les formats électroniques ou autres spécifications particulières qui entraveraient la concurrence.*»*

5.7. Chapitre 6 Déroulement de la procédure d'adjudication

5.7.1. Art. 39 Contenu de l'appel d'offres

swisscleantech est favorable à la définition d'exigences minimales dans l'appel d'offres. C'est là le seul moyen de garantir la possibilité pour les soumissionnaires de se confronter de manière optimale à l'appel d'offres et la comparabilité des offres remises. **L'usic** et **Commerce Suisse** approuvent expressément le fait que le contenu de l'appel d'offres fasse l'objet d'exigences minimales. Ils demandent en outre que l'information relative aux voies de droit, énoncée à la let. u, soit impérative. Il convient par ailleurs d'adopter une nouvelle norme prévoyant la divulgation des noms des soumissionnaires préimpliqués qui participent à la procédure d'adjudication. **C. Schneider Heusi** s'associe elle aussi à cette dernière exigence. Il faut mentionner le nom du soumissionnaire et les documents disponibles.

L'**usam** demande la prise en considération intégrale des motions acceptées par le Parlement à propos des langues (12.3914, 14.3872 et 14.3886). La **SIA** et la **SSE** rappellent elles aussi les interventions lancées au Parlement sur la question des langues, d'où la nécessité d'adapter le libellé de la let. m en ce sens: l'appel d'offres doit également contenir des informations sur la langue des contrats et des contrats d'entreprise. Elles demandent par ailleurs que l'appel d'offres soit rédigé dans au moins la langue du lieu de la prestation. Cela vaut aussi pour les documents contractuels lorsque le marché est adjugé à un soumissionnaire qui exerce au lieu même de la prestation. Les **CFF** demandent au contraire le maintien du régime linguistique actuel, qui a fait ses preuves; un changement de règle aurait par contre pour conséquence des retards considérables et des hausses de coûts. Les appels d'offres d'une grande complexité technique, qui requièrent des connaissances spéciales en ingénie-

rie, présentent justement un risque important d'erreurs d'interprétation et de malentendus lors de la traduction des offres.

[Calag Carrosserie](#), [INVESO](#) et [Lanz+Marti AG](#) font valoir que les appels d'offres doivent être libellés en francs suisses. Il est inacceptable que les pouvoirs publics n'appliquent pas leur propre monnaie en Suisse. Si des appels d'offres lancés en Suisse étaient libellés en euros, les soumissionnaires de ce pays courraient un risque de change qui les désavantagerait par rapport à leurs concurrents de la zone euro, sans compter que cela nuirait inutilement à la comparabilité et à l'évaluation des offres reçues.

La [coalition d'ONG pour les achats publics](#), la [Gesamtkirchgemeinde Bern](#), l'[USS](#) et les [Verts](#) demandent que les exigences écologiques et sociales soient mentionnées expressément dans la disposition. La [SIA](#) souhaite que l'on ajoute la phrase suivante à la let. c: «*Si la quantité n'est pas connue, il convient de suivre une procédure fonctionnelle selon la méthode dite des deux enveloppes.*»* Il convient par ailleurs, à la let. b, de remplacer l'expression «*genre de marché*» par celle de «*forme du marché*»*. [PUBLICA](#) demande de compléter la let. c dans ce sens: «*[...] un renvoi aux documents d'appel d'offres ne répond pas aux exigences de description des prestations.*»*

L'[USS](#) et le [PS](#) sont favorables à ce que la liste des exigences soit complétée par la règle suivante: «*v. l'attestation des organes d'exécution paritaires ou d'un registre des professions tenu par des employeurs et des salariés ou une autorité, délivrée sur la base d'un contrôle préalable du respect des conditions minimales de salaire et de travail.*»* Cette règle s'appliquera tout autant aux sous-traitants auxquels recourt le soumissionnaire.

[C. Schneider Heusi](#) et la [SVIT](#) proposent diverses adaptations rédactionnelles et précisions. La première est par ailleurs favorable, entre autres, à l'adjonction des points suivants: indications à propos des renseignements fournis par l'adjudicateur et de la réponse aux questions; le cas échéant, des indications relatives aux exigences minimales et aux garanties financières à fournir par les soumissionnaires. En outre, elle recommande les modifications suivantes: let. e: «*... à titre exceptionnel la limitation du nombre de lots...*»*; let. f et g: «*à titre exceptionnel la limitation ou l'exclusion...*»*; let. h: «*des indications relatives à la durée des contrats et mention du délai de publication du prochain appel d'offres prévu*»*; let. i: «*le cas échéant, des indications quant à l'engagement de négociations ou à l'organisation d'une enchère électronique*»*; let. j: «*le cas échéant, des indications sur la tenue d'un dialogue*»*; let. k: «*le lieu et le délai...*»*; let. p: «*les critères d'adjudication et leur pondération*»; let. q: à biffer. L'[Aéroport de Zurich SA](#) demande, à propos de la let. p, que l'ordre des critères d'adjudication soit communiqué. La réglementation cantonale actuelle selon laquelle il y a lieu de communiquer à l'avance soit l'ordre, soit la pondération des critères, a fait ses preuves et doit être maintenue. [SO](#) entend restreindre le champ d'application de la let. b (indication des classifications CPV et CPC) aux marchés soumis aux accords internationaux. Les let. i et j sont à biffer purement et simplement.

5.7.2. Art. 40 Contenu des documents d'appel d'offres

[Commerce Suisse](#), la [SVIT](#), l'[USIE](#), [constructionsuisse](#), l'[USM](#) et l'[usic](#) sont favorables à la fixation d'exigences minimales quant au contenu des documents d'appel d'offres. Il faut garantir, dans le respect de la transparence, la publication suffisante des critères d'adjudication et de leur pondération. C'est ainsi qu'il est proposé d'adapter la let. d par exemple comme suit: «*d. les tous les critères d'adjudication, y compris les sous-critères, et leur pondération.*»*

La [coalition d'ONG pour les achats publics](#), la [Gesamtkirchgemeinde Bern](#), l'[USS](#) et le [PS](#) demandent que les exigences écologiques et sociales soient mentionnées expressément dans la disposition. La let. b doit être adaptée comme suit: «*l'objet du marché, y compris les*

spécifications techniques et certificats de conformité ainsi que les justificatifs des exigences sociales et écologiques, les plans [...]» Ils suggèrent par ailleurs d'introduire une nouvelle lettre dont le contenu serait le suivant: «les obligations contractuelles déterminantes relatives notamment aux aspects sociaux et écologiques du développement durable.»* Le PS et l'USS exigent en outre que les soumissionnaires justifient de façon crédible du respect des conditions de travail en usage dans la branche et au lieu de la prestation par la remise d'une attestation des organes d'exécution paritaires ou d'un registre des professions tenu par des employeurs et des salariés ou une autorité, attestation délivrée sur la base d'un contrôle préalable du respect des conditions minimales de salaire et de travail. Cette règle s'appliquera tout autant aux sous-traitants auxquels recourt le soumissionnaire. Cette mention devra figurer dans l'appel d'offres et il convient d'adapter la disposition en conséquence.*

C. Schneider Heusi propose de compléter cet article dans le sens de ses suggestions concernant l'art. 39 AP-LMP (mention des critères d'adjudication et de leur pondération dès le stade de l'appel d'offres). Il convient par ailleurs d'expliquer dans le rapport le terme nouveau de «certificat de conformité» (let. b).

JU demande que la norme soit rédigée de telle sorte qu'elle ne puisse être interprétée comme étant exhaustive. SO exige la suppression pure et simple de la let. f.

5.7.3. Art. 41 Ouverture des offres

Un certain nombre de participants (SIA, SSE, USIE, constructionsuisse, Infra, FVE, USM, SSIC TI, suissetec, usam) demandent que l'ouverture des offres soit opérée dans un délai raisonnable après réception et que cette disposition soit adaptée en conséquence. Ils ne voient aucune raison objective d'attendre jusqu'à l'ouverture de l'offre. Des raisons de gestion d'entreprise commandent d'éviter autant que possible tout flottement prolongé, seule manière d'assurer une action entrepreneuriale efficace pour les PME sur le marché. Par son offre, l'entreprise s'engage dans la phase d'adjudication, ce qui peut l'amener à immobiliser des ressources importantes. D'où l'intérêt pour le soumissionnaire de savoir le plus vite possible quelles sont ses chances. La SSE a élaboré à ce propos une proposition de solution qui a recueilli un large assentiment: nouvel al. 3 «Il est procédé à l'ouverture des offres dans les sept jours ouvrables à compter du délai imparti pour le dépôt. Tous les soumissionnaires reçoivent le procès-verbal d'ouverture dans un délai de deux jours après l'ouverture des offres par courrier électronique, postal ou télécopie. L'ouverture peut être publique ou s'effectuer à huis clos.»* Certains participants suggèrent en outre de mentionner la méthode dite des deux enveloppes (SIA, usic, USIE, constructionsuisse, USM). La SSIC TI demande par ailleurs qu'à l'ouverture de l'offre, les indications fournies par le soumissionnaire soient traitées de façon confidentielle.

Bon nombre de participants saluent le fait de prévoir des prescriptions précises pour l'établissement du procès-verbal à l'ouverture des offres. suissetec, l'usam, Infra, l'USIE, constructionsuisse, la SSIC TI, l'usic, IGS et Commerce Suisse souhaitent toutefois que la consultation du procès-verbal d'ouverture soit ancrée dans la loi. D'autres seraient favorables à ce que le prix ne soit mentionné dans le procès-verbal que s'il joue véritablement un rôle lors de l'adjudication. Sinon, il devrait être possible d'y renoncer.

5.7.4. Art. 42 Examen et évaluation des offres

Propositions de portée générale

La FAS demande que l'offre soit examinée et évaluée par un organisme qualifié, sachant que des compétences spécialisées sont indispensables pour juger de prestations intellectuelles. Une instance compétente et indépendante est à même de rehausser le niveau de

sécurité juridique de l'adjudicateur. Le [PLR](#) et [Développement Suisse](#) exigent eux aussi la garantie d'un examen et d'une évaluation professionnels.

Al. 2 et 3

La [SIA](#), la [SSE](#), l'[USIE](#), [constructionsuisse](#), l'[USM](#), [Infra](#) et l'[usam](#) se rallient à l'énoncé de l'al. 1. En revanche, à l'al. 2, il convient de préciser qu'en présence d'offres inhabituellement basses (par ex. un écart de prix de plus 10 % entre le premier placé et le deuxième), l'adjudicateur doit procéder à des rectifications. L'article devrait être adapté comme suit:

«² L'adjudicateur ~~peut procéder~~ procède à une rectification des offres lorsque cela est nécessaire pour les rendre objectivement comparables, lorsqu'une offre paraît anormalement basse en comparaison avec le prix objectivement attendu et pour autant que cela soit compatible avec le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires. [...]»

³ Il faut supprimer cet alinéa ou, si l'art. 42, al. 2 AP-LMP n'est pas complété selon la proposition ci-dessus, rédiger l'al. 3 en ces termes contraignants: «*Les sous-enchères manifestes sont à exclure.*»*

Ces revendications sont également mises en avant par la [SIA](#), l'[USIE](#), [constructionsuisse](#) et l'[USM](#). La [FVE](#) précise que, contrairement aux considérations développées dans le rapport explicatif, des offres inhabituellement basses constituent un problème au regard du droit des marchés publics. Non seulement elles sont préjudiciables à la qualité du marché public et à la sécurité des chantiers, mais elles s'assimilent à un dumping salarial inacceptable. De l'avis de la [CHGEOL](#) et du [GSGI](#), l'al. 3 n'est pas opportun. Cette disposition est primordiale quant au traitement des sous-enchères et du dumping tarifaire et il faut la reformuler en termes contraignants (en s'inspirant, par ex., de la législation allemande). Le [GSGI](#) déplore en outre que l'on n'accorde pas davantage de poids au développement durable et à la qualité: lorsque des entreprises font des offres inférieures au coût de revient, cela ne peut contribuer au développement durable et, d'une façon ou d'une autre, la qualité en pâtit. [swisscleantech](#) juge réjouissant que les offres inhabituellement basses puissent être exclues, tout en s'interrogeant sur le critère correct à appliquer pour ignorer de telles offres. La comparaison avec d'autres soumissionnaires ne semble être objective qu'à première vue. Il vaudrait mieux recourir à d'autres critères (comme les avis d'experts ou le gros écart par rapport au prix espéré par le soumissionnaire). Lorsque l'autorité adjudicatrice constate qu'une offre est inhabituellement basse, elle devrait contacter le soumissionnaire ou, à tout le moins, lui expliquer pourquoi elle n'entre pas en matière.

Selon [Sunrise SA](#), il devrait être explicitement interdit aux entreprises qui dominent le marché et aux organisations contrôlées par la Confédération de remettre des offres inférieures à leurs coûts effectifs, d'où la nécessité de compléter l'al. 3 en ce sens. De plus, il serait bon que la Confédération, en sa qualité d'adjudicatrice dans des secteurs soumis à une réglementation spéciale en matière de concurrence (libéralisation), fasse de l'objectif légal qu'est l'encouragement à la concurrence un critère d'adjudication qualifié impératif. Elle pourrait, à cet égard, consulter les autorités de régulation spécifiques à ces secteurs. Celles-ci auraient à juger de l'impact que l'attribution du lot à l'entreprise d'État ou dominante a sur le marché. Il conviendrait de compléter en conséquence les art. 33 et 42 AP-LMP.

Al. 4

La [SIA](#) fait savoir qu'une évaluation transparente et objective requiert des compétences spécialisées à titre de critère d'adjudication. Il faut faire état à l'al. 4 de cette compétence tout à fait primordiale pour évaluer les offres. Le [GSGI](#) et la [CHGEOL](#) partagent cet avis.

Selon la [FVE](#) l'al. 4 devrait régler les conséquences du non-respect des critères d'aptitude et d'adjudication.

Al. 5

La [SIA](#), [Commerce Suisse](#), [l'usic](#), la [SVIT](#), [l'USIE](#), [constructionsuisse](#), [l'USM](#), [C. Schneider Heusi](#) et [M. Beyeler](#) demandent la suppression pure et simple de l'al. 5, arguant qu'en procédure de gré à gré, tout soumissionnaire peut prétendre en principe à ce que son offre fasse l'objet d'un examen complet, ce qui est dans la nature d'un appel d'offres public. La [FVE](#) est elle aussi résolument hostile à la réglementation énoncée à l'al. 5 car elle est contradiction avec l'al. 3. Cela pourrait laisser entendre que des offres inhabituellement basses ont plus de chances d'être examinées et évaluées, tandis que des offres réalistes ne seraient a priori pas prises en considération. Sans compter que le fait de ne pas évaluer une offre témoignerait d'un manque de respect du soumissionnaire au regard du temps et des frais qu'il y a engagés. La [SSE](#) par de l'idée – pour autant qu'il n'y ait pas eu de procédure sélective – que tous les soumissionnaires ont droit par principe au traitement de leurs indications de leurs offres. Or ce droit serait relativisé au cas où l'évaluation prendrait beaucoup de temps. Il faudrait donc permettre à l'autorité adjudicatrice de procéder exceptionnellement à un certain tri. [SO](#) est favorable en principe à la réglementation proposée. Mais à son avis, la décision de ne pas soumettre une offre à un examen plus détaillé pourrait faire l'objet d'un recours. Il convient donc de compléter l'art. 55, al. 1, en conséquence.

Nouvel al. 6

La [SIA](#), [l'USIE](#), [constructionsuisse](#) et [l'USM](#) proposent d'ajouter à l'art. 43 un al. 6 prévoyant que l'adjudicateur peut appliquer la méthode des deux enveloppes lorsque le marché porte sur des prestations intellectuelles.

5.7.5. Art. 43 Adjudication

Al. 1 «*Vorteilhaftestes Angebot*» au lieu de «*wirtschaftlich günstigstes Angebot*»

De l'avis du [GSGI](#), la formulation de l'al. 1, vu la multiplicité des critères, ne reproduit plus la complexité de la décision.

[E. Ramer](#) attire l'attention sur le fait que l'expression «*soumission la plus avantageuse*» («*the most advantageous tender*» en anglais) employée dans l'Accord sur les marchés publics de l'OMC a été mal traduite en allemand. Il demande que l'on remplace à l'al. 1 «*wirtschaftlich günstigstes Angebot*» par «*vorteilhaftestes Angebot*», expression qui exprime mieux le fait qu'outre le prix, d'autres facteurs sont soumis à l'évaluation. Cette requête est présentée également par [l'UDC](#), le [PLR](#), [Développement Suisse](#), la [FAS](#), [l'usam](#), [suissetec](#), [Infra](#), la [SVIT](#), [IGS](#), [Lignum](#), la [FVE](#), la [SIA](#), [l'USIE](#), [constructionsuisse](#), [l'USM](#), [Commerce Suisse](#), la [SSE](#) et [l'usic](#).

[Sunrise SA](#) est favorable à ce que l'al. 1 soit complété pour préciser explicitement que les offres ne couvrant pas les frais présentées par des entreprises qui dominent le marché ou par des soumissionnaires contrôlés par l'adjudicateur ne seront pas prises en considération.

Al. 2

La [SVIT](#) suggère de supprimer purement et simplement l'al. 2. La [SIA](#), la [SSE](#), [l'USIE](#), [constructionsuisse](#), [l'USM](#) et [IGS](#) y sont également favorables (puisque, comme ils le proposent, ce point est réglé à l'art. 33, al. 4, AP-LMP).

[Commerce Suisse](#) demande d'une part de reformuler l'al. 2 en ces termes: «*Dès lors que le prix ne joue aucun rôle, c'est l'offre la plus avantageuse au final qui se voit adjuger le marché.*»* D'autre part, il convient de prendre davantage en considération des procédures d'adjudication alternatives, notamment la méthode des deux enveloppes et le principe de sélection fondée sur la qualité (*quality based selection*).

La [CHGEOL](#) souhaite que l'on précise à l'al. 2 que les conseils scientifiques et techniques ne sont jamais considérés comme des prestations standardisées. Le [GSGI](#) émet une exigence similaire à propos de certaines prestations intellectuelles (conformément à sa requête concernant les art. 25 et 33 AP-LMP).

Prise en compte du développement durable

La [coalition d'ONG pour les achats publics](#), la [Gesamtkirchgemeinde Bern](#), le [PS](#), les [Verts](#) et l'[USS](#) sont favorables à ce que les trois dimensions du développement durable soient mentionnées, toutes de manière égale, à l'art. 43 et donc prises en compte. Ils demandent de compléter en ce sens les al. 1 et 2.

Autres points

La [SIA](#) propose de régler dans un alinéa supplémentaire la marche à suivre en présence de procédures d'adjudication dites axées sur des solutions.

5.7.6. Art. 44 Conclusion du contrat

La [SSE](#) approuve la solution proposée. [Swissmedic](#) et [M. Beyeler](#) demandent que l'al. 1 soit remplacé par la disposition de l'art. 56, al. 2, AP-LMP puisque les deux normes régissent la même matière; la formulation de l'al. 2 de l'art. 56 est toutefois plus claire, raison pour laquelle il convient de lui accorder la préférence. En conséquence, l'art. 56, al. 2, AP-LMP devrait renvoyer uniquement à l'art. 44, al. 1, AP-LMP. [Swissmem](#) est favorable à ce que le recours en deuxième instance devant le Tribunal fédéral soit inclus dans la réglementation de l'art. 44, al. 1, AP-LMP. Il convient, en première comme en deuxième instance, de faire en sorte que l'adjudicateur ne puisse conclure le contrat durant la procédure de recours et jusqu'à la décision de dernière instance. L'al. 2 peut être supprimé purement et simplement. La [FVE](#) fait observer que l'al. 1 est en contradiction avec l'art. 56, al. 1, AP-LMP.

[C. Schneider Heusi](#) rappelle que le contrat ne peut être conclu que s'il n'y a plus à attendre de recours, point qu'il conviendra de clarifier à tout le moins dans le rapport explicatif. Par ailleurs, ce rapport devra préciser que le tribunal qui statue sur l'adjudication peut ordonner qu'un contrat contraire au droit des marchés publics soit résilié (dans le respect des dispositions applicables au type de contrat concerné). Le terme «*résilier*» choisi dans le rapport est trop restrictif. Non seulement il est «*concevable*», comme le dit le rapport, que le juge puisse adresser une telle injonction à l'adjudicateur, mais il y est tenu. [SO](#) estime que l'opinion exprimée dans le rapport explicatif, selon laquelle le TAF peut ordonner à l'adjudicateur de lancer un nouvel appel d'offres et de résilier le contrat conclu prématurément, est erronée. En procédant ainsi, le TAF dépasserait le cadre de sa compétence et s'immiscerait dans des rapports relevant du droit privé.

5.7.7. Art. 45 Interruption de la procédure d'adjudication

[SO](#) approuve expressément l'al. 1, let. a et d. [M. Beyeler](#) recommande de préciser, à l'al. 1, qu'une modification importante et une modification peu importante des prestations constituent respectivement un motif impératif et un motif facultatif d'interruption. La [Poste](#) plaide pour la mention explicite, dans cette disposition, d'une interruption par suite de passation d'un marché interne. Il conviendrait donc de retenir explicitement dans le rapport explicatif que l'interruption de la procédure au profit de la passation d'un marché interne est juridiquement recevable. L'[usam](#) fait savoir que l'interruption de la procédure est contraire au principe de la bonne foi. Elle s'offusque en particulier des dispositions énoncées aux let. a («*il renonce à réaliser le projet*») et c («*en raison des modifications des conditions-cadres, des offres plus avantageuses sont attendues*»). D'une façon générale, [C. Schneider Heusi](#) recommande à ce propos de compléter les commentaires concernant la licéité des motifs d'interruption par des exemples tirés de la pratique des tribunaux administratifs cantonaux.

Swissmem, E. Ramer, la SIA, l'USIE, constructionsuisse, l'USM, Commerce Suisse, Infra, l'usic, la SVIT, la FVE, l'usam, la SSE et M. Beyeler regrettent que la formulation proposée pour l'al. 2 n'accorde aux soumissionnaires aucun droit à une indemnisation, même si l'interruption de la procédure était le fait de l'adjudicateur. C'est contraire aux avis exprimés et aux principes en vigueur à ce jour; aussi les soumissionnaires devraient-ils, dans des cas fondés en tout cas, pouvoir prétendre à des dommages-intérêts, comme jusqu'à présent. Il faut adapter l'al. 2 en conséquence. Divers participants demandent en outre une adaptation des commentaires. La Poste et M. Beyeler critiquent le fait que le rapport explicatif dise que la décision de renoncer à une adjudication et d'interrompre la procédure n'est pas justiciable; cela serait inexact, étant donné que l'art. 55, al. 1, let. e, AP-LMP dispose que l'interruption de la procédure est sujette à recours.

5.7.8. Art. 46 Exclusion de la procédure et révocation de l'adjudication

Propositions de portée générale

L'AES juge bienvenue la réglementation de l'art. 46 AP-LMP. L'exclusion de la procédure et la révocation de l'adjudication y sont réglées de façon plus détaillée, accroissant d'autant la sécurité juridique pour les entités adjudicatrices et les soumissionnaires. TI approuve cette disposition sur le principe, tout en estimant que les conditions d'application des let. d à f devraient être rédigées en termes plus clairs. La formulation de la let. e, en particulier, est jugée trop vague.

C. Schneider Heusi conseille de régler séparément l'exclusion et la révocation. Eu égard à la protection de la confiance à laquelle a droit l'adjudicataire, l'adjudicateur ne saurait invoquer en matière de révocation que des motifs qu'il ignorait ou n'était pas censé connaître à la date de passation du marché. Les dispositions de l'art. 46 nécessitent une refonte complète. M. Beyeler est lui aussi d'avis que la question de la révocation de l'adjudication doit être dissociée de celle de l'exclusion de la procédure et réglée par une disposition propre. Sa requête s'appuie selon lui sur un arrêt du Tribunal fédéral (ATF 2C_876/2014 du 4 septembre 2015, consid. 6.2.). Par ailleurs, l'absence de prise en compte d'un négociateur ou d'un interlocuteur devrait fait l'objet d'une décision sous forme d'exclusion, d'où la nécessité de le préciser dans la réglementation de l'art. 46 AP-LMP. Il faudrait reprendre aux let. c, e, f, k et m la disposition de l'AMP 2012 selon laquelle ces motifs d'exclusion ne sauraient être invoqués qu'en présence de «*preuves à l'appui*», sous peine d'émettre de faux signaux à l'adresse de la pratique.

Let. a

C. Schneider Heusi considère que la notion de «*comportement*» n'est pas claire.

Let. d

Eu égard au principe de proportionnalité, SO demande que le premier motif d'exclusion mentionné à la let. d (condamnation pour un crime entrée en force) ait un certain lien avec l'exécution de marchés.

Let. f

C. Schneider Heusi attire l'attention sur certaines difficultés de délimitation, notamment quant à la procédure concordataire et face à des situations dans lesquelles la procédure de faillite n'a pas encore été ouverte faute d'avance des frais.

Let. g

M. Beyeler et C. Schneider Heusi ne comprennent pas très bien ce que l'on entend par «*confidentialité*», d'autant que le respect de la confidentialité incombe en premier lieu à l'entité adjudicatrice.

Let. h

[M. Beyeler](#) demande soit de supprimer purement et simplement la let. h, soit, conformément à l'art. VIII:4:(d) AMP 2012, de requérir un jugement définitif pour violation des dispositions relatives à la lutte contre la corruption. Il apparaît contraire aux marchés soumis aux accords internationaux que l'exclusion prononcée au motif d'un (prétendu) fait de corruption ne requière pas un jugement définitif (plus exactement des «*preuves à l'appui*»).

Let. i

[M. Beyeler](#) rend attentif au fait que cette disposition ne mène à rien. La LTN ne prévoit aucune obligation concrète mais a trait à l'exécution d'autres lois, notamment les dispositions en matière de contributions de la législation sur les assurances sociales. Il faut partir du principe que cette disposition entend simplement rappeler qu'un soumissionnaire doit être exclu s'il a fait l'objet d'une condamnation au sens de l'art. 13 LTN. En définitive, l'art. 46, let. i, AP-LMP ne conclut pas à un motif d'exclusion précis mais appuie l'application de la LTN.

Let. m

[E. Ramer](#) approuve expressément cette disposition permettant de tenir compte des mauvaises expériences vécues avec des soumissionnaires.

La [SIA](#), [Swissmem](#), [Commerce Suisse](#), [l'USIE](#), [constructionsuisse](#), [IGS](#), [l'USM](#), la [Swico](#), [l'usic](#) et [ICT Cluster Bern](#) rejettent la disposition de l'art. 46, let. m, AP-LMP et demandent sa suppression pure et simple. Elle autorise une marge d'appréciation trop grande, est extrêmement subjective et insuffisamment objectivable.

Let. o

[Sunrise SA](#) désire compléter cette disposition en ce sens que des entreprises qui dominent le marché et sont contrôlées par la Confédération aient l'interdiction explicite de soumissionner à un prix inférieur à leurs coûts effectifs.

Nouvelle let. r

Le [Conseil des EPF](#) réclame l'instauration de sanctions pour les cas dans lesquels des soumissionnaires ne pourraient ou ne voudraient plus exécuter tout ou partie du marché qu'ils se sont vu adjuger. Il convient également de prévoir des sanctions pour ce motif à l'art. 47 AP-LMP.

Préoccupations en matière de développement durable

La [coalition d'ONG pour les achats publics](#), la [Gesamtkirchgemeinde Bern](#), le [PS](#) et [l'USS](#) demandent que toute violation des normes minimales en matière environnementale soit qualifiée de motif d'exclusion à la let. g, d'autant plus que l'argument juridique selon lequel aucune exclusion ne saurait être prononcée en l'absence de base légale semble s'être imposé ou, du moins, a considérablement gagné du terrain. Il convient de compléter comme suit la let. j: «*refuse de se soumettre aux contrôles qui ont été ordonnés ou ne divulgue pas les noms des unités de production fournissant l'essentiel des prestations.*»* [Lignum](#), [Swiss Textiles](#) et [M. Beyeler](#) déplorent eux aussi l'absence, dans la liste des motifs d'exclusion, de faits et d'éléments ayant trait au développement durable (par ex. la violation des normes minimales en matière de protection de l'environnement). De même, le rapport explicatif, qui ne donne aucune référence concrète, ne se prononce pas à ce sujet. La [FVE](#) appelle à ce que la let. j contienne un renvoi aux contrôles des partenaires sociaux, notamment aux commissions paritaires issues de conventions collectives de travail.

5.7.9. Art. 47 Sanctions

Swissmem juge l'art. 47, al. 2, AP-LMP judicieux. Concernant l'al. 1, cette association s'exprime en ces termes: «*Par analogie à l'art. 47, al. 2, 2^e phrase (infractions à la loi sur les cartels), les infractions relevées par un adjudicateur et qui n'ont pas encore été sanctionnées par l'autorité compétente doivent être signalées à celle-ci. À la let. g, il s'agirait des autorités de surveillance du marché (par ex. la Suva), à la let. h des autorités de poursuite pénale.*»* L'USIE, constructionsuisse et l'USM appellent à l'inscription de sanctions financières en vue de dissuader les entreprises qui, sans scrupules, font fi de la protection des travailleurs et des exigences minimales à respecter en matière de conditions de travail et de salaire. La FVE, elle aussi, recommande l'instauration de sanctions financières et demande par ailleurs la suppression de la notification à la COMCO à l'al. 2 (2^e phrase). En outre, la liste évoquée à l'al. 4 doit pouvoir être publiée. ICT Cluster Bern se déclare favorable à ce que les sanctions envisagées soient notifiées spontanément aux entreprises concernées dans un délai prédéfini. Il convient d'en faire mention à un endroit adéquat de la disposition. L'AES approuve la possibilité de prendre des sanctions plus sévères, qui va dans le sens d'une meilleure sécurité juridique. La question est cependant de savoir qui sont ces «*autorités compétentes désignées par la loi*» auxquelles l'al. 4 fait allusion. Par conséquent, et en relation avec l'al. 1, il faudrait ne citer ici que l'adjudicateur. Les CFF demandent la suppression pure et simple de l'al. 5. L'art. 47 porte en effet sur les sanctions prises à l'encontre de soumissionnaires. Or l'al. 5 évoque, systématiquement au mauvais endroit, une sanction à l'encontre de l'adjudicateur. Par ailleurs, la signification et la portée de cet alinéa manquent de clarté.

La COMCO suggère de compléter la liste des sanctions énoncées à l'al. 1 pour les faits évoqués à l'art. 46, let. I, AP-LMP (ententes entre concurrents). Il convient donc d'adapter l'al. 2 comme suit: «*Ces sanctions peuvent être prononcées sans préjudice de l'application d'autres mesures juridiques à l'encontre du soumissionnaire fautif ou de son organe. L'adjudicateur informe la Commission de la concurrence des infractions visées à l'art. 46, let. I. L'adjudicateur informe la Commission de la concurrence lorsqu'il juge que la libre concurrence est entravée dans son secteur de marché, lorsqu'il mène une procédure de gré à gré au sens de l'art. 23, al. 2, let. b, lorsqu'il interrompt une procédure d'adjudication pour le motif évoqué à l'art. 45, al. 1, let e, lorsqu'il exclut un soumissionnaire, le radie d'une liste ou révoque une adjudication pour le motif énoncé à l'art. 46, let. I, ou encore lorsqu'il sanctionne un soumissionnaire au sens de l'art. 47, al. 1, pour des infractions à l'art. 46, let. I.*»*

SO juge discutables les sanctions énoncées à l'art. 47 AP-LMP. L'exclusion de soumissionnaires fautifs d'une procédure en cours suffit en général à les motiver à respecter les règles lors de prochains marchés. Quitte à prévoir des sanctions plus sévères, pourquoi les restreindre aux let. d, g, h et q? Ce canton considère qu'il serait plus judicieux de publier la liste de l'al. 4 sur simap.ch – avec une autorisation d'accès pour les adjudicateurs qui y sont inscrits. Au nom du principe de légalité, TI demande que les dispositions en matière de sanctions soient formulées de manière plus précise et exhaustive.

M. Beyeler recommande de remanier complètement l'art. 47 AP-LMP, sous forme de dispositions contraignantes désignant un organe relativement indépendant à titre d'autorité compétente en matière de sanction; cet article devraient décrire les faits passibles de sanctions de manière plus spécifique et suffisamment précise et disposer qu'une exclusion (comme celle prévue à l'art. 13 LTN) vaudrait automatiquement pour tous les adjudicateurs, partout en Suisse. Il n'y a lieu en principe de sanctionner que les cas suffisamment graves pour justifier une exclusion. En outre, ces dispositions devraient prévoir des normes quant à la prescription des poursuites et être complétées par des règles d'«autoépuration». Enfin, M. Beyeler précise que l'al. 4 de l'art. 45 P-AMP devrait prévoir la tenue de la liste par le Secrétariat d'État à l'économie (en lieu et place de l'AiMp), garant de l'élaboration d'une liste homogène pour tout le pays. C. Schneider Heusi déplore que la réglementation des possibilités de sanction ne soit pas identique pour la Confédération et les cantons: il convient de les rap-

procher dans le sens de la réglementation en vigueur au niveau fédéral et donc renoncer à des amendes aux deux échelons. La suppression ou la demande de restitution de contributions financières au sens de l'al. 5 implique – outre d'autres prescriptions à observer au regard du droit cantonal régissant les contributions et indépendamment des principes de droit administratif – que la décision fasse état de l'obligation de respecter la législation en matière d'adjudication et des conséquences de cette inobservation. Il conviendrait d'y revenir à tout le moins dans le rapport explicatif.

5.8. Chapitre 7 Délais et publications, statistiques

5.8.1. Art. 48 Délais

La [SIA](#) estime que les délais minimaux de remise des offres prévus pour les marchés soumis aux accords internationaux (notamment les 40 jours en procédure ouverte tels qu'indiqués à l'al. 2, let. a) sont trop courts pour satisfaire à des procédures d'adjudication axées sur des solutions. Elle demande en outre, conjointement avec la [FVE](#) et la [SVIT](#), l'adjonction d'un alinéa fixant à dix jours le délai d'ouverture des offres. [Infra](#) appuie cette requête tout en sollicitant, pour des raisons de planification du travail dans les entreprises soumissionnaires, un délai de sept jours pour l'ouverture des offres.

[Commerce Suisse](#), [IGS](#) et l'[usic](#) considèrent que l'al. 4 est formulé en termes trop vagues et privilégie l'application de délais plutôt courts par les entités adjudicatrices, ce qui est préjudiciable à la sécurité du droit. Ces organisations revendiquent en outre un délai minimum de 20 jours imprescriptible – sans exception – pour le dépôt des offres relevant de marchés non soumis aux accords internationaux. Le [Conseil des EPF](#), quant à lui, juge totalement irréaliste ce délai de 20 jours et plaide pour fixer le délai minimum «à dix jours en règle générale»*.

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

Dans la mesure où il ne s'agit pas de cas d'urgence dûment établie (al. 1), les possibilités présentées dans l'AP-LMP de réduire dans certaines conditions les délais minimaux fixés pour les marchés soumis aux accords internationaux se heurtent au refus de [Cablex](#), [Swissmem](#) et [SO](#).

[Cablex](#) appelle non pas à raccourcir les délais minimaux fixés mais à les prolonger au contraire de cinq jours. [SO](#) juge excessive la réduction prévue du délai à treize, voire dix jours, sauf urgence dûment établie (al. 1). Ce canton suggère de renoncer aux al. 3 et 5 et de fixer un délai minimal de 20 jours au lieu de dix à l'al. 4 ou de supprimer la disposition. Pour sa part, [Swissmem](#) réclame la suppression pure et simple et des al. 2, 3, 4 et 5. Tandis que les possibilités de réduction liées à l'application de procédures électroniques (al. 2) prêteraient considérablement les petites entreprises, les nouveaux soumissionnaires se retrouveraient injustement désavantagés par les al. 3 et 4. De surcroît, cette association ne voit pas en quoi l'achat de marchandises commerciales (al. 5) justifierait une réduction du délai.

Seul l'[Aéroport de Zurich SA](#) approuve explicitement la réglementation proposée, soutenant en particulier la réduction de cinq jours du délai minimal de 40 jours pour les appels d'offres par voie électronique.

[C. Schneider Heusi](#) propose de préciser la condition d'urgence dûment établie énoncée à l'al. 1 par la formule «en cas d'urgence dûment établie et fondée»*. En outre, il y a lieu selon elle d'adapter la terminologie de l'al. 4 et d'employer au lieu de «prestations répétitives» l'expression «contrats à prestation déterminée ou indéterminée»*.

Faisant référence au droit international, [M. Beyeler](#) attire l'attention sur le fait qu'il convient de mentionner également les travaux de construction à l'al. 5. À propos des al. 1 et 2, la [Poste](#) fait état de divergences par rapport aux commentaires développés dans le rapport explicatif et propose des adaptations en conséquence.

5.8.3. Art. 50 Publications

Al. 1

[E. Ramer](#) salue expressément le fait que les documents d'appel d'offres soient mis à disposition en même temps, gratuitement et par voie électronique. [SO](#) approuve la réglementation relative à l'appel d'offres et à l'adjudication mais juge inutile, d'une façon générale, la publication prévue de l'interruption de la procédure et propose des adaptations en conséquence. [Commerce Suisse](#) et [l'usic](#) sont également favorables à la fixation de conditions relatives à la publication de documents d'appel d'offres sur une plateforme centrale de la Confédération et des cantons. Ces associations appellent toutefois à davantage de liberté pour les procédures d'adjudication de gré à gré des marchés soumis aux accords internationaux et à une réglementation plus sévère des documents d'appel d'offres.

La [SSE](#) et [SSIC TI](#) ne voient aucune nécessité de modifier cet alinéa. La [SVIT](#) avoue éprouver quelque difficulté avec l'expression «*en même temps*».

[SH](#) rejette l'obligation de publier l'adjudication du marché et l'interruption de la procédure sur la plateforme exploitée conjointement par la Confédération et les cantons. La Feuille fédérale et les feuilles d'avis cantonales suffisent à satisfaire aux prescriptions de l'AMP 2012 en la matière. En outre, ce canton s'oppose catégoriquement à l'obligation, prévue à l'art. 50 AP-LMP, de publier les adjudications et les interruptions de procédure. Ce canton ne voit pas en quoi de telles publications pourraient revêtir une utilité quelconque pour la société ou susciter l'intérêt du public.

Al. 2

L'[USIE](#), [constructionsuisse](#), l'[USM](#), [Commerce Suisse](#) et [l'usic](#) sont favorables à la réglementation proposée. La [SIA](#) souhaite qu'elle soit remaniée sur le plan rédactionnel.

La [SIA](#), la [SSE](#) et [SSIC TI](#) appellent à des adaptations du texte de loi. [SSIC TI](#), en particulier, voit dans le projet mis en consultation une contradiction entre l'intention louable de tenir compte des minorités linguistiques et le souci voué aux coûts qui en résultent. Aussi cette organisation demande-t-elle à propos des travaux de construction réalisés dans les régions italophones (à savoir dans le canton du Tessin) que les projets soient élaborés en italien et les documents d'adjudication directement établis dans cette langue. Le fait de mener toute procédure d'adjudication systématiquement dans les trois langues nationales se traduirait selon [SSIC TI](#) par des frais inutiles. [TI](#) estime pour sa part que la réglementation proposée ne garantit nullement l'égalité de traitement des soumissionnaires. La participation à une procédure de passation de marché implique que les soumissionnaires puissent étudier les plans, les conditions générales, des prescriptions particulières, etc., pour établir une offre. Tous ces documents devraient par conséquent être disponibles dans la langue du lieu de situation des constructions.

L'[usam](#) approuve les motions de Buman (12.3914), Regazzi (14.3872) et Cassis (14.3886) adoptées par le Parlement à propos de la question des langues dans les procédures d'adjudication publique et appelle à la prise en considération totale des interventions parlementaires dans la révision. Selon [TI](#), le projet de révision discrimine les entreprises de la région italophone et ne respecte pas le principe de l'égalité de traitement. Il ne répond pas aux préoccupations exprimées au travers des interventions parlementaires Cassis (motion 14.3886) et Regazzi (motion 14.3872). Il est essentiel pour les minorités linguistiques que la

procédure d'adjudication soit menée dans la langue du canton dans lequel est réalisée la construction.

Al. 3

La SSE et SSIC TI ne souhaitent pas de modifications. L'Aéroport de Zurich SA approuve le texte de l'al. 3. L'anglais étant la langue de l'aéronautique, il demande que les commentaires du rapport explicatif se bornent à parler de la «*langue officielle de l'OMC*»* au lieu de faire explicitement référence au français.

PUBLICA demande que l'al. 3 soit complété comme suit: «*Lorsque l'appel d'offres d'un marché soumis aux accords internationaux n'est pas publié dans une des langues officielles de l'OMC, l'adjudicateur en publie simultanément un résumé dans une des langues officielles de l'OMC, à moins que la communication dans la langue de l'appel d'offres ne constitue un critère d'aptitude au sens de l'art. 31.*»* L'obligation d'assortir l'appel d'offres d'un résumé dans l'une des langues officielles de l'OMC pourrait, dans certains cas, entraîner des surcoûts inutiles. L'exigence de communication dans la langue de l'appel d'offres doit figurer parmi les critères d'aptitude.

OW porte un regard critique sur l'encouragement du plurilinguisme, qui ne ferait qu'ajouter aux formalités et aux coûts à supporter par les entreprises, les intéressés n'en retirant pour leur part qu'un maigre profit. Tout bien considéré, un appel d'offres rédigé en plusieurs langues ne présente qu'une utilité restreinte.

Al. 4 Publication d'adjudications de marchés soumis aux accords internationaux

La FVE est d'accord sur le principe mais appelle de ses vœux, en plus, la publication des appels d'offres dans la Feuille officielle suisse du commerce. La COMCO demande de faire état à la let. a, en cas de procédure de gré à gré, d'une clause d'exception y relative.

La Swico et Swissmem appellent à un délai maximum de 30 jours pour la publication des adjudications de marchés soumis aux accords internationaux. Swissmem suggère en outre de prévoir un régime d'exception à propos de la publication d'adjudications en procédure de gré à gré.

Selon M. Beyeler, puisque la Confédération entend se réserver la possibilité de publier une adjudication au sens de l'art. 53, al. 3, let. b, AP-LMP en se bornant à indiquer la fourchette de prix de toutes les offres, il faudrait en faire état également à l'art. 50, al. 4, let. f, AP-LMP. Il est toutefois opposé à un tel régime car l'art. 53, al. 4, AP-LMP suffit à couvrir les rares cas motivés.

La coalition d'ONG pour les achats publics, les Verts, le PS et la Gesamtkirchgemeinde Bern souhaitent que cette disposition soit complétée dans le sens que les exigences écologiques et sociales ainsi que leur pondération fassent elles aussi l'objet d'une publication. Au surplus, le PS et l'USS désirent ajouter une let. h à l'art. 50, al. 4, AP-LMP: «*[...] L'avis contient les indications suivantes: g. le respect par le soumissionnaire, vérifié selon le registre négatif à créer, des dispositions en matière de protection des travailleurs et des conditions de travail.*»*

5.8.4. Art. 51 Conservation des documents

La Poste approuve en principe la réglementation proposée mais propose d'apporter une précision à l'al. 1, dans le sens des commentaires du rapport explicatif. L'USIE, constructionsuisse, l'USM et la FVE jugent plus indiqué de ne faire courir le délai qu'à partir du décompte final (et non pas dès l'adjudication).

SO est hostile à des négociations ainsi qu'à des adjudications par voie électronique. Ce canton demande par conséquent de biffer purement et simplement les let. e et h de l'al. 2.

Vu son activité et l'obligation qui lui est faite d'examiner les ententes présumées entre concurrents, la COMCO propose l'instauration d'un régime spécial concernant les procès-verbaux d'ouverture des offres, lesquels devraient être conservés pendant au moins dix ans sous forme électronique ou sur papier et être accessibles à la COMCO si nécessaire.

5.8.5. Art. 52 Statistiques

Propositions de portée générale

Les CFF réclament la suppression pure et simple de l'art. 52, al. 2, let. b, et une adaptation de la let. c. Ils considèrent par ailleurs que la liste des marchés inférieurs aux seuils requise en plus de la statistique se traduit par un surcoût sans engendrer de profit manifeste. La Poste souligne une contradiction, qu'il convient d'éliminer, entre les commentaires et le texte de la loi. Le Conseil des EPF déplore que les termes «*marchés de construction*» et «*travaux de construction*» ne soient pas employés de façon homogène. Pusch propose que la Confédération indique, dans sa statistique, quels sont les marchés qui tiennent compte des critères de développement durable. Selon les Verts, il est nécessaire de donner un aperçu général de l'évolution en Suisse des marchés répondant à ces critères. Il conviendrait, dans ce contexte, d'instaurer un système de surveillance aux niveaux de la Confédération, des cantons et des communes.

Nouvel article: Obligation légale de surveillance et création d'un centre de compétences national en matière d'achats durables

La coalition d'ONG pour les achats publics, les Verts, le PS, l'USS et la Gesamtkirchgemeinde Bern appellent de leurs vœux une disposition supplémentaire inscrivant dans la loi l'obligation pour la Confédération d'assurer une surveillance. Les Verts soutiennent en outre la demande de création d'une base légale pour un centre de compétences national en matière d'achats durables (voir les résultats de la consultation concernant le chap. 3 AP-LMP).

5.9. Chapitre 8 Voies de droit

5.9.1. Art. 53 Notification des décisions

Propositions de portée générale

TI fait observer d'une façon générale que les voies de droit ne devraient pas être garanties sur la base d'une valeur seuil. C. Schneider Heusi demande que l'al. 1 soit remanié pour préciser que la décision doit, en règle générale, être notifiée individuellement et, de surcroît, publiée. Selon elle, la réglementation spéciale relative au droit d'être entendu est anticonstitutionnelle, inutile, et il convient donc de la supprimer purement et simplement. Cet avis est partagé par la FVE, qui fait observer en outre que les commentaires sont en contradiction avec la jurisprudence et qu'il faut les adapter.

Al. 2 et 3 Motivation sommaire des décisions

L'USIE, constructionsuisse, l'USM, la Swico et l'AES sont expressément favorables à l'obligation de motiver sommairement les décisions. La Swico propose cependant, par souci d'économie, d'apporter des précisions à propos de la procédure de débriefing. Selon l'AES, on ne voit pas clairement quand le régime d'exception est censé s'appliquer. Elle suggère en outre de régler dans un alinéa supplémentaire le droit dont dispose un soumissionnaire non retenu de prendre connaissance de la motivation.

Si les CFF ne soulèvent aucune objection quant à la motivation sommaire des décisions, ils n'en font pas moins remarquer que les commentaires relatifs à l'al. 2 sont équivoques et

créent par là même une insécurité juridique, sachant qu'ils sont en contradiction à la fois avec la doctrine dominante et avec la jurisprudence. D'où la nécessité de biffer, dans les commentaires, le passage précisant à partir de quand le délai de recours commence à courir.

[C. Schneider Heusi](#) est favorable à l'obligation de motiver les décisions mais juge équivoque l'adjectif «*sommaire*» et demande qu'il soit biffé. Comme il y a lieu de motiver également les décisions d'exclusion, d'interruption de la procédure, etc., elle observe des contradictions avec l'al. 3. Enfin, dans le rapport, il convient d'expliquer les conséquences d'une décision insuffisamment motivée. [E. Ramer](#), [IGS](#), [Commerce Suisse](#), la [FVE](#) et l'[USIC](#) considèrent eux aussi que l'obligation de motivation sommaire est insuffisante et la rejettent.

La [COMCO](#) suggère d'ajouter une let. d à l'al. 3: «*d. les informations visées à l'art. 23, al. 3, let. c, lorsque l'adjudicateur a fait usage d'une clause exceptionnelle de gré à gré*». Il convient de compléter le rapport explicatif en conséquence. [M. Beyeler](#) regrette (vu l'art. 59) que l'AP-LMP prévoit l'abandon de l'obligation, pour les adjudicateurs, de motiver leurs décisions. On observera selon lui une multiplication non négligeable des procédures de recours si, comme c'est déjà souvent le cas dans la pratique, les entités adjudicatrices ne remettent pas à tout le moins de leur plein gré une matrice d'évaluation avec l'adjudication ou pendant le délai de recours. [M. Beyeler](#) recommande par conséquent de contraindre les adjudicateurs à adresser rapidement, par voie électronique, cette matrice d'évaluation à un soumissionnaire si celui-ci en fait la demande.

5.9.2. Art. 54 Recours

Propositions de portée générale

Le [TF](#) fait remarquer que le projet d'une nouvelle loi sur le Tribunal fédéral prévoit une solution différente au chapitre des voies de droit et qu'une coordination des travaux législatifs s'impose. Selon l'[IHZ](#), les voies de droit ne peuvent déployer pleinement leur effet préventif que si on y a recours sans exclusive, c'est-à-dire si elles s'ouvrent aussi aux petits marchés, aux procédures sur invitation ou aux adjudications de gré à gré. Dans son avis, [OW](#) revient d'une façon générale sur les avantages et les inconvénients d'un élargissement des voies de droit.

Al. 1 Oui à l'élargissement des voies de droit

[FR](#), [JU](#), [SO](#), la [COMCO](#), le [PS](#) et [economiesuisse](#) sont expressément favorables à l'élargissement proposé des voies de droit pour les marchés d'une valeur égale ou supérieure à 150 000 francs. [SO](#) refuse par contre que l'accès au Tribunal fédéral soit exclu pour des marchés non soumis aux accords internationaux (al. 4). L'[AESS](#) voit dans l'élargissement des voies de droit un grand progrès. Cela dit, la pesée des intérêts entre sécurité du droit et économies de procédure risque selon elle de faire relever la valeur seuil de 150 000 francs. [AI](#) n'a, sur le principe, aucune objection à formuler quant à la réglementation des voies de droit telle que proposée mais plaide en faveur de valeurs seuils identiques pour la procédure d'adjudication en droit fédéral et en droit cantonal.

L'élargissement des voies de droit recueille également les suffrages de [GE](#), du [PLR](#), de la [SIA](#), de la [SSE](#), de l'[usam](#), de [Swissmem](#), de l'[USIE](#), de [constructionsuisse](#), de l'[USM](#), de [Commerce Suisse](#), de la [Swico](#), de la [SVIT](#), de [Développement Suisse](#), de [C. Schneider Heusi](#), de la [FVE](#), de l'[USIC](#) et d'[IGS](#). Tous ces participants demandent toutefois que les voies de droit ne dépendent pas d'une valeur seuil déterminée mais du type de procédure, ou même qu'elles soient garanties pour chaque adjudication, quelle que soit la valeur du marché.

Par ailleurs, la [FVE](#) a soumis un certain nombre de propositions concernant les marchés non soumis aux accords internationaux. Elle demande par exemple que soit abandonné le droit de recours (acquis aux adjudicateurs cantonaux) dont dispose la Commission de la concurrence en tant qu'autorité.

Al. 1 Non à l'élargissement des voies de droit

Sont opposés à un élargissement des voies de droit et favorables au maintien du statu quo l'[AES](#), la [Poste](#), les [CFF](#), le [Conseil des EPF](#), [BLS](#), l'[Aéroport de Zurich SA](#), ainsi que [ZG](#) et [AG](#). D'une façon générale, ces participants craignent – pas seulement pour les entreprises opérant dans les secteurs – un surcroît de charges administratives et financières hors de proportion ainsi que des retards de procédure.

Pour le cas où, dans l'intérêt d'un alignement sur le droit cantonal, la volonté d'élargir les voies de droit serait néanmoins maintenue, la [Poste](#) propose éventuellement que les marchés de construction ne soient sujets à recours qu'à partir d'une valeur de deux millions de francs. Il conviendrait en outre, selon le [Conseil des EPF](#), de préciser la question de la taxe sur la valeur ajoutée.

Al. 4 Une procédure de recours simple et rapide

[suissetec](#) approuve sans condition l'introduction d'une procédure de recours simple et rapide pour les marchés non soumis aux accords internationaux et juge raisonnable un délai de 20 jours.

L'[usam](#), [Commerce Suisse](#) et la [SSE](#) sont également favorables à une procédure simple et rapide mais souhaitent que l'on garde à l'esprit que, sous l'angle de l'État de droit, il importe d'instaurer une réglementation au niveau de la loi pour tous les points importants de cette procédure. C'est pourquoi ces participants demandent que la loi fédérale intègre un certain nombre de dispositions du projet d'ordonnance sur les marchés publics. C'est ce à quoi appellent aussi, à titre de proposition subsidiaire, la [SIA](#), l'[USIE](#), [constructionsuisse](#) et l'[USM](#), qui rejettent néanmoins, sur le principe, l'idée d'une procédure de recours simple et rapide qu'ils jugent problématique au regard de la doctrine juridique.

[C. Schneider Heusi](#) est favorable à ce que l'on renonce à la procédure simple et rapide pour étudier, à titre de solution de rechange, l'instauration d'un régime légal permettant de mener des audiences d'instruction (sans compétence décisionnelle pour le juge unique).

[M. Beyeler](#) n'a en principe aucune objection à formuler quant à une procédure simple et rapide mais propose diverses mesures d'amélioration – par exemple une procédure ordinaire pour les marchés de construction d'une valeur égale ou supérieure à deux millions de francs, ainsi que pour les marchés de services supérieurs au seuil, qui n'échappent que de par leur nature aux accords internationaux.

Selon [Swissmedic](#), une procédure simple et rapide est en contradiction avec le droit de procédure administrative, ce qui n'a pas échappé non plus au [TAF](#). Celui-ci se demande si la délégation de compétence visée à l'al. 4 suffit, au niveau de l'ordonnance, à déroger aux dispositions de la loi sur la procédure administrative (PA). Il convient en particulier d'examiner dans quelle mesure la procédure simplifiée est conforme au droit de rang supérieur. Le cas échéant, il faudra établir clairement que les garanties de la Convention européenne des droits de l'homme ne valent qu'au-delà des valeurs seuils fixées dans les accords internationaux. Sachant qu'il est envisagé d'élargir les voies de droit, le [TAF](#) s'attend à un nombre croissant de recours en droit des marchés publics et, partant, à des besoins en ressources supplémentaires.

Al. 5 Régime d'exception pour la coopération au développement et l'aide humanitaire

Au nom de l'État de droit, [C. Schneider Heusi](#) demande la suppression pure et simple de ce régime d'exception.

[Alliance Sud](#) se prononce en faveur du régime d'exception, précisant toutefois qu'il serait superflu si, d'aventure, le domaine de la coopération au développement n'était pas soumis au droit suisse des marchés publics. [M. Beyeler](#) propose d'instituer en plus un régime d'exception en matière de voies de droit pour l'acquisition d'armements.

5.9.3. Art. 55 Objet du recours

Al. 1 Décisions sujettes à recours

[SO](#), [l'AES](#), [la FVE](#) et [M. Beyeler](#) n'ont aucune objection à formuler sur le principe mais proposent un certain nombre de modifications. Tandis que [l'AES](#) et [SO](#) suggèrent de mentionner un motif de recours supplémentaire (décisions sur des demandes de récusation; renoncement à un examen approfondi), [M. Beyeler](#) propose d'apporter des précisions quant à la décision d'exclusion. [La FVE](#) estime pour sa part qu'il devrait être possible de recourir contre des documents d'appel d'offres à un stade précoce.

[C. Schneider Heusi](#) doute que cette liste exhaustive de décisions sujettes à recours mène au but recherché.

Dans le droit fil de leur requête concernant l'art. 18, [la SIA](#), [l'USIE](#), [constructionsuisse](#), [l'USM](#), [Commerce Suisse](#), [l'usic](#) et [la SVIT](#) demandent la suppression pure et simple de la possibilité de recours en rapport avec l'exercice du droit de regard. [La SVIT](#) propose en outre la suppression pure et simple de l'objet de recours qu'est la «liste» (let. c).

Al. 2 Modalités de recours concernant les documents d'appel d'offres

[Commerce Suisse](#), [la SVIT](#), [M. Beyeler](#), [E. Ramer](#) et [C. Schneider Heusi](#) demandent la suppression pure et simple de l'al. 2, étant donné que la portée de cette disposition est imprécise et équivaut à aggraver inutilement les charges qui pèsent sur les soumissionnaires. En revanche, [Swissmem](#) propose de compléter l'al. 2 dans le sens de la jurisprudence actuelle, comme suit: «² Les éléments contenus dans les documents d'appel d'offres dont le sens et la portée sont facilement reconnaissables [...]»*

Al. 3 et 4

[JU](#) approuve sans réserve les voies de droit prévues pour les marchés dont la valeur est égale ou supérieure à 150 000 francs. Tandis que [la SVIT](#) demande de supprimer purement et simplement l'al. 3, [C. Schneider Heusi](#) propose de renoncer à l'al. 4.

[L'usic](#), [IGS](#) et [Commerce Suisse](#) suggèrent de faire dépendre la possibilité de recours non pas de la valeur du marché mais de la nature de la procédure d'adjudication (par analogie à ses propositions concernant l'art. 54, al. 1).

5.9.4. Art. 56 Effet suspensif

[L'USIE](#), [constructionsuisse](#), [l'USM](#), [Commerce Suisse](#) et [Swissmem](#) saluent expressément le maintien du régime selon lequel un recours ne déploie en principe pas d'effet suspensif. [Swissmem](#) juge toutefois inopportun de combiner les art. 44 et 56, sachant que cela entraînerait de fait des réductions de délai aussi imprévues qu'inacceptables, et propose un certain nombre d'adaptations. C'est ainsi que le recours ne devrait pas avoir d'effet suspensif à la seule condition que le juge qui en a été saisi n'en décide pas autrement dans les cinq jours ouvrables.

[C. Schneider Heusi](#) recommande que soit établi clairement, à tout le moins dans les commentaires, que le contrat ne peut être conclu que s'il n'y a plus lieu de craindre un recours. Alors que [M. Beyeler](#) propose de biffer l'al. 3 et de renvoyer à l'art. 44, [C. Schneider Heusi](#) juge superflue la 2^e phrase de cet al. 3. Ces deux participants à la consultation demandent en outre, en identité de vues avec la [SVIT](#), la suppression de l'al. 4, arguant du fait que cette disposition est inutile et que les principes qui y sont énoncés s'appliquent à toute procédure de droit public.

Les [CFF](#) et la [FVE](#) n'acceptent pas la réglementation instaurant l'effet suspensif des recours. Les [CFF](#) considèrent que l'art. 56 ne tient pas compte du problème inhérent aux graves dommages que les procédures de recours infligeraient à l'économie nationale. D'une part, ils appellent à un régime légal explicite permettant aux juges de prononcer un effet suspensif en faisant preuve de circonspection, face à d'importants inconvénients économiques. D'autre part, il convient de résoudre le conflit entre l'intérêt public (pas de retards, un surcoût aussi faible que possible) et les intérêts privés (gain pour les entreprises) en limitant légalement l'objet des procédures. Au lieu d'accorder une possibilité de recours, la loi pourrait disposer que les soumissionnaires ne peuvent plus faire valoir leurs dépens que dans le cadre de la remise de l'offre. La [FVE](#) pense que la réglementation proposée conduirait à prolonger les procédures. Un recours devrait toujours avoir un effet suspensif, dont l'octroi implique une «*économie de procédure*».

5.9.5. Art. 57 Droit applicable

L'art. 57 AP-LMP n'a suscité aucun commentaire.

5.9.6. Art. 58 Délai et motifs de recours

[Commerce Suisse](#) et [C. Schneider Heusi](#) sont favorables à un délai de recours (identique pour la Confédération et les cantons) de 20 jours.

L'[UVS](#), le [Conseil des EPF](#), [AG](#), [GE](#), [SO](#), [ZG](#), l'[Aéroport de Zurich SA](#), l'[USIE](#), [construction-suisse](#), l'[USM](#), la [SIA](#), la [SVIT](#) et la [FVE](#) s'y refusent.

L'[UVS](#), le [Conseil des EPF](#) et l'[Aéroport de Zurich SA](#) sont favorables à un délai de recours de 10 jours, qui a fait ses preuves dans le droit cantonal en vigueur. Parmi les cantons, [GE](#) juge excessif un délai de 20 jours. Par contre, l'[USIE](#), [constructionsuisse](#), l'[USM](#), la [SIA](#), la [SVIT](#) et la [FVE](#) se prononcent en faveur d'un délai de 30 jours par souci d'harmonisation avec d'autres délais de recours usuels en droit administratif.

La [SVIT](#) demande de biffer purement et simplement les al. 3 et 4. [SO](#) propose de faire explicitement état du motif de recours que constitue l'excès ou l'abus de pouvoir d'appréciation (en complément à l'al. 3) et salue la mise au point selon laquelle, dans la procédure de gré à gré, seule peut être invoquée l'application de la mauvaise procédure (al. 5). [C. Schneider Heusi](#), pour sa part, considère cette disposition comme une restriction inutile et demande la suppression pure et simple de l'al. 5.

5.9.7. Art. 59 Consultation du dossier

[IGS](#), l'[usic](#), [Commerce Suisse](#), la [FVE](#) et la [SVIT](#) ne sont pas d'accord avec la réglementation proposée concernant le droit de consulter les dossiers. Ils suggèrent de compléter cette disposition de façon que les soumissionnaires puissent, une fois la procédure de décision achevée ou après adjudication, consulter les informations qui les concernent. La [SVIT](#) souhaite en outre que soit précisé à l'al. 2 que le recourant peut, à sa demande, consulter ces pièces «sans délai»*.

[C. Schneider Heusi](#) plaide pour que les soumissionnaires aient le droit de consulter le dossier dès la procédure de décision pour autant qu'ils s'engagent à respecter le principe de confidentialité et demande que l'al. 1 soit complété dans ce sens. Il convient selon elle de biffer purement et simplement l'al. 2 puisque le droit de consulter le dossier en procédure de recours doit continuer à faire exclusivement l'objet de la réglementation prévue dans la loi sur la procédure administrative. [M. Beyeler](#) est lui aussi favorable à la suppression de l'al. 2 et, plus exactement, propose un renvoi indirect à la loi sur la procédure administrative.

5.9.8. Art. 60 Décision sur recours

[Swissmem](#) salue expressément l'al. 3, aux termes duquel l'autorité de recours statue également sur une éventuelle demande en dommages-intérêts. Sans soulever d'objection quant à la réglementation proposée, [SO](#) n'en suggère pas moins de compléter l'al. 3, afin que cette disposition reflète bien l'exigence de clarté des cas évoquée dans le rapport explicatif, et d'adapter, dans celui-ci, le commentaire concernant l'al. 2.

La [SVIT](#) tient à ce que l'al. 3 soit supprimé ou reformulé. Afin de garantir leur prétention légitime à être entendues, il convient d'accorder aux parties, à tout le moins, le droit à un simple échange d'écritures. Il est absurde d'obliger les deux parties à fournir des éléments de preuve circonstanciés tant qu'aucune décision n'a été prise quant à une infraction éventuelle.

[C. Schneider Heusi](#) approuve la possibilité de présenter une demande de dommages-intérêts dès l'introduction du recours. Il convient de préciser dans le rapport explicatif qu'il ne peut s'agir en l'occurrence d'une obligation définitive pour les soumissionnaires. Il faudrait par ailleurs, dans un alinéa supplémentaire, régler légalement la demande faite par le juge à l'adjudicateur de résilier le contrat, qui est évoquée uniquement dans le commentaire de l'art. 44.

[M. Beyeler](#) conseille de préciser à l'al. 3 qu'une demande en dommages-intérêts ne doit être déposée ou motivée (et notamment chiffrée) que s'il est établi que le contrat a été conclu (légalement). Il rejette la limitation supplémentaire des dommages-intérêts aux coûts de l'offre telle qu'elle est proposée à l'al. 4. La disposition de l'actuel art. 34, al. 2, LMP, selon laquelle les dommages-intérêts peuvent inclure, outre les coûts d'établissement de l'offre, les dépenses non couvertes engagées dans la procédure de recours, doit être maintenue et il convient d'adapter l'al. 4 en conséquence.

L'[USIE](#), [constructionsuisse](#), l'[USM](#) et la [SIA](#) sont opposées à une limitation des prétentions en dommages-intérêts pour les formes de marché axées sur des solutions. Il faudrait, pour ces dernières, créer un alinéa supplémentaire déclarant applicables les règlements SIA 142 et 143.

5.9.9. Art. 61 Révision

Cette disposition n'a donné lieu à aucune remarque.

5.10. Chapitre 9 Dispositions finales

5.10.1. Art. 62 Exécution

Propositions de portée générale

À propos des art. 5, al. 3 (nouveau), et 9, al. 2 (nouveau), de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI, RS 943.02), [M. Beyeler](#) pose la question de savoir comment il faudra procéder dans l'éventualité de modifications futures de l'AIMP. S'il s'avère nécessaire d'adapter à

chaque fois la législation fédérale, il conviendrait en tout cas de prévoir une autorisation du Conseil fédéral pour les modifications qui ne remettent pas en cause la LMI. Sans compter que l'on ne sait pas encore très bien quelle forme prendra l'AIMP 2015.

La **SVIT** est hostile à la délégation des compétences au DFF en vertu des art. 7 et 10. À son avis, la décision d'exempter les adjudicateurs opérant dans les secteurs et la détermination des valeurs seuils sont des questions politiques importantes qui ne sauraient être déléguées à une unité administrative.

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

Modifications de la loi fédérale sur le marché intérieur

L'**IHZ** estime que les dispositions en matière de voies de droit de LMI doivent s'appliquer elles aussi. Ces dernières années, la COMCO s'est révélée être un acteur fiable et indépendant, qui applique le droit de recours de façon réfléchie et judicieuse afin de garantir les voies de droit dans le domaine des marchés publics. Elle doit pouvoir continuer à disposer d'un droit de recours aux niveaux de la Confédération et des cantons. Renvoyant à la recommandation de la COMCO datée du 1^{er} décembre 2014, **economiesuisse** se déclare également favorable à un droit de recours pour la COMCO.

La **COMCO** considère pour sa part que l'on a affaire à un projet de révision équilibré dans l'ensemble, qui tient compte de la protection de la concurrence, de l'ouverture des marchés publics des cantons et des communes ainsi que de la mise en œuvre du droit des marchés publics. Elle est favorable à la révision de la LMI selon les termes du projet mis en consultation mais s'oppose résolument à la proposition subsidiaire selon laquelle un droit de recours des autorités revenant soit à l'AiMp, soit à la COMCO, devrait désormais être ancré dans l'AIMP. La **COMCO** renvoie à ce propos à la recommandation qu'elle avait formulée le 1^{er} décembre 2014 à l'intention du Conseil fédéral et de l'AiMp.

L'**USIC** et **Commerce Suisse** approuvent la disposition prévue à l'art. 5, al. 3, LMI, selon laquelle les cantons et les communes seraient soumis exclusivement aux dispositions matérielles et procédurales de l'AIMP 2015. Ces deux participants appuient de même la possibilité pour la COMCO, prévue à l'art. 8, al. 2, de présenter des recommandations dans le cadre de l'AIMP 2015. Ils rejettent par contre l'extension des compétences de la COMCO telle que proposée à l'art. 8, al. 1 et à l'art. 9, al. 2^{bis}, LMI.

Aux dires de l'**AES**, la possibilité de recours des autorités en relation avec la modification de la LMI selon l'al. 2 n'a plus lieu d'être. Durant les presque vingt années d'existence de la LMI, une pratique stable s'est imposée quant à l'application du droit des marchés publics. Il n'est plus nécessaire d'aménager cette pratique dans le sens d'une lutte contre les dérives appuyée par des recours de la part de la COMCO, sans compter que le droit de recours des autorités pourrait être exercé aussi dès lors que toutes parties ont accepté la procédure. Dans ces cas-là, un recours des autorités apparaît tout à fait absurde. **ZG** et la **FVE** sont également hostiles à un droit de recours pour la COMCO.

Le **Conseil des EPF** regrette que, sur la foi des modifications qu'il est prévu d'apporter à l'art. 10, al. 1, LMI, la COMCO ne puisse établir des expertises sur l'application de la LMP et de l'AIMP 2015 qu'à l'intention des autorités administratives fédérales, cantonales et communales ainsi que des autorités judiciaires. Il est incompréhensible que les autres unités de l'administration fédérale décentralisée, à commencer par les organisations et établissements de droit public, soient privées de cette possibilité. Il convient donc d'adapter cette disposition.

5.10.3. Art. 64 Disposition transitoire

Les [CFF](#) sont favorables à ce que, dans les procédures sur invitation et de gré à gré, la date de l'invitation à remettre une offre soit déterminante pour l'application du nouveau droit. Il convient de le préciser dans les commentaires.

5.10.4. Art. 65 Référendum et entrée en vigueur

Cette disposition n'a fait l'objet d'aucune observation.

5.11. Annexes 4 et 5

La [coalition d'ONG pour les achats publics](#), le [PS](#), l'[USS](#) et la [Gesamtkirchgemeinde Bern](#) demandent que les annexes 4 et 5 soient complétées par les éléments d'autres conventions et normes de travail de l'OIT, ainsi que par les accords pertinents sur la protection de l'environnement.

6. Avis relatifs aux dispositions de l'AP-OMP

Soulignons tout d'abord que très peu de participants à la procédure de consultation se sont prononcés sur l'ordonnance et que ceux qui l'ont fait n'ont pris position que sur des points particuliers ([Verts](#), [PS](#), [SO](#), [SSE](#), [SVIT](#), [Infra](#), [SIA](#), [UVS](#), [USIE](#), [constructionsuisse](#), [USM](#), [usam](#), [CSDE](#), [Lignum](#), [Swico](#), [Développement Suisse](#), [FVE](#), [CCIG](#), [Poste](#), [CFF](#), [BLS](#), [PUBLICA](#), [Conseil des EPF](#), [COMCO](#), [Centre patronal](#), [Swiss Textiles](#), [coalition d'ONG pour les achats publics](#), [Gesamtkirchgemeinde Bern](#), [E. Ramer](#), [C. Schneider Heusi](#)).

Dans des remarques d'ordre général, l'[USP](#) et [Infra](#) saluent le fait que l'AP-LMP soit accompagné de l'AP-OMP. [SVIT](#) demande que l'ordonnance soit adaptée en fonction de ses remarques au sujet de la loi. Selon elle, les précisions apportées par l'ordonnance doivent contribuer à la sécurité du droit. La [SIA](#) approuve le fait que l'AP-OMP reprenne le chapitre de l'actuelle OMP consacré aux concours de projets (appelés «concours d'études» dans l'AP-OMP) et aux concours portant sur les études et la réalisation, mais voudrait que ces dispositions figurent dans la loi. La [SIA](#) relève que le projet des cantons d'introduire le dialogue et de permettre, comme la Confédération, la conduite de négociations, y compris de négociations portant uniquement sur le prix, a déjà fait l'objet de critiques lors de la consultation relatives au P-AIMP. Dans ce contexte, la [SIA](#) demande que l'on tienne compte de l'instrument éprouvé que constitue le règlement SIA 143 (règlement des mandats d'étude parallèles d'architecture et d'ingénierie).

Seuls les articles ayant fait l'objet de commentaires de la part des participants sont repris ci-dessous.

6.1. Chapitre 1 Dispositions générales

6.1.1. Art. 3 Développement durable

Les [Verts](#), le [PS](#), la [coalition d'ONG pour les achats publics](#) et la [Gesamtkirchgemeinde Bern](#) sont favorables à cet article, mais estiment qu'il devrait figurer dans la loi et non dans l'ordonnance. Ils renvoient à ce propos à leurs remarques au sujet de l'art. 1 AP-LMP. L'[UVS](#) juge très positif que la notion de développement durable soit précisée. L'[USIE](#), [constructionsuisse](#) et l'[USM](#) soutiennent cet article en demandant que le rapport explicatif indique que le critère d'adjudication «développement durable» doit être précisé dans les appels d'offres. [Lignum](#) demande que l'écologie soit définie comme la protection des ressources naturelles au sens de l'art. 1 de la loi fédérale sur la protection de l'environnement (LPE, RS 814.01). [Swico](#) demande que la dimension sociale du développement durable soit supprimée en vue d'une harmonisation avec l'AMP révisé, qui ne mentionne pas cet aspect. Enfin, la [SSE](#) trouve positif que les trois dimensions du développement durable soient mentionnées, mais relève que seule leur mise en œuvre dans un appel d'offres a du sens. C'est pourquoi l'[USP](#) demande que des propositions concrètes soient inscrites dans la loi. [Développement Suisse](#) trouve que le développement durable est une préoccupation importante, mais estime qu'il s'agit d'un critère étranger à la prestation et qu'il ne peut donc constituer le but d'une acquisition. Il faut tenir compte du développement durable dans l'appréciation globale d'une offre (art. 33 AP-LMP). Par conséquent l'art. 3 doit être supprimé. Pour les mêmes raisons, l'[UDC](#) demande à ce que l'art. 3 soit supprimé.

6.1.2. Art. 5 Réciprocité

La [Poste](#) propose que, à la fin de la version allemande de l'al. 2, «*gewährleisten*» soit remplacé par «*gewähren*».

6.2. Chapitre 2 Exemption du droit des marchés publics

La [Poste](#) préconise un renvoi à l'art. 7 plutôt qu'à l'art. 4 de la loi.

6.2.1. Art. 7 Demande d'exemption

D'après l'[UVS](#), il faudrait préciser si une demande d'exemption doit également être présentée lorsque l'adjudicateur exerce une activité industrielle ou commerciale.

6.2.2. Art. 8 Consultation

D'après la [FVE](#), cette réglementation devrait dans la loi. La COMCO ne devrait pas être consultée en raison des risques de dérives que cela peut engendrer et, plus particulièrement du glissement des compétences de cette autorité vers un pouvoir décisionnel.

Selon le [Centre patronal](#), le fait d'impliquer la COMCO dans la procédure d'exemption pourrait conduire à des procédures complexes et longues. La COMCO ne doit pas avoir des pouvoirs décisionnels encore plus étendus. Par conséquent, le [Centre patronal](#) demande que cet article soit supprimé.

6.2.3. Art. 10 Décisions de constatation

La [Poste](#) demande que l'al. 2 soit supprimé et l'al. 3 adapté en conséquence ou qu'on fixe au moins une limite temporelle à la possibilité, pour les soumissionnaires, de demander une décision de constatation.

6.3. Chapitre 3 Principes généraux

6.3.1. Art. 11 Mesures contre la corruption

Let. a

Selon le [Conseil des EPF](#) et la [FVE](#), les mesures de lutte contre la corruption proposées vont trop loin. Le [Conseil des EPF](#) propose de supprimer la let. a, car elle est couverte par la déclaration d'impartialité de la let. b. La [FVE](#) trouve totalement disproportionné de considérer des liens personnels passés ou la camaraderie militaire comme susceptibles de constituer une source de conflit d'intérêts.

Let. b

Le [Conseil des EPF](#) demande que seuls les collaborateurs ayant un pouvoir décisionnel ou assumant une fonction de conseiller soient tenus de signer une déclaration d'impartialité. De plus, cette obligation devrait figurer dans la loi et non dans l'ordonnance.

Le [Centre patronal](#) juge exagéré que des tiers puissent être contraints de signer une déclaration d'impartialité, dont la portée n'est pas connue, et demande par conséquent la suppression de cette obligation.

La [FVE](#) estime que la déclaration d'impartialité n'a aucun sens si elle n'est pas contrôlée par une autorité.

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

Selon les [Verts](#), le [PS](#), la [coalition d'ONG pour les achats publics](#) et la [Gesamtkirchgemeinde Bern](#), le non-respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs, des conditions de travail et de l'égalité salariale entre femmes et hommes devrait conduire à une exclusion. Les peines conventionnelles ne sont pas suffisantes, car elles sont parfois prises en compte dans le calcul du prix. Au surplus, les [Verts](#), le [PS](#), la [coalition d'ONG pour les achats publics](#) et la [Gesamtkirchgemeinde Bern](#) renvoient à leurs remarques relatives aux art. 13 et 14 de la loi.

La [CSDE](#) juge particulièrement positif que l'égalité salariale entre femmes et hommes soit mentionnée dans le titre de l'article.

[Lignum](#) considère que, pour beaucoup de produits importés bon marché, le problème se situe au niveau de l'extraction des matières premières et de la production: dans ces domaines, les soumissionnaires suisses sont clairement désavantagés par rapport à leurs concurrents étrangers. [Lignum](#) demande par conséquent que le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs soit exigé non seulement pour les prestations exécutées en Suisse, mais également pour les prestations fournies à l'étranger.

[Swiss Textiles](#) voudrait que la loi règle la question de l'examen et de la surveillance du respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et des conditions de travail et qu'elle contienne des dispositions relatives aux organes de contrôle. [Swiss Textiles](#) propose diverses modifications afin que le respect des dispositions concernées puisse être contrôlé efficacement quel que soit le lieu d'exécution des prestations.

Le [Conseil des EPF](#) demande que les sous-traitants soient également tenus au respect des dispositions de l'art. 14 AP-LMP et que la disposition concernant les peines conventionnelles soit potestative.

Enfin, la [SSE](#) et la [FVE](#) renvoient à leurs remarques concernant l'art. 14 AP-LMP.

6.3.3. Art. 13 **Droit de regard** Art. 14 **Vérification du prix**

Le [Conseil des EPF](#) propose de remplacer, dans la version allemande, «*fehlender Wettbewerb*» par «*Vergabe ohne Wettbewerb*» et «*Preisprüfung*» par «*Überprüfung des Preises*», afin d'harmoniser la terminologie avec celle qui est utilisée dans la loi.

L'[USIE](#), [constructionsuisse](#), l'[USM](#), [suissetec](#), la [FVE](#), l'[usam](#) et l'[usic](#) demandent la suppression pure et simple de ces deux articles. Concernant les motifs de cette demande, ils renvoient à leurs remarques au sujet de l'art. 18 AP-LMP.

6.4. **Chapitre 4 Procédures d'adjudication**

6.4.1. Art. 15 **Procédure sélective**

L'[USIE](#), [constructionsuisse](#) et l'[USM](#) proposent de remplacer «*inviter*» par «*sélectionner*».

La [FVE](#) renvoie à ses remarques au sujet de l'art. 21 AP-LMP.

6.4.2. Art. 16 Procédure sur invitation

La [FVE](#) et [PUBLICA](#) renvoient aux remarques faites au sujet de l'art. 22 AP-LMP.

L'[USIE](#), [constructionsuisse](#), l'[USM](#), l'[UVS](#) et [E. Ramer](#) demandent la suppression de l'al. 2.

Le [Conseil des EPF](#), la [SSE](#) et [Infra](#) demandent une définition de la notion de «*région économique différente*».

Selon la [CCIG](#), une bonne représentation des régions linguistiques n'a pas pour but de promouvoir les langues «étrangères» en tant que telles mais plutôt de prendre en considération les entreprises d'autres régions linguistiques de Suisse. Elle souhaite donc que, dans la mesure du possible, le principe de représentation des différentes régions linguistiques soit appliqué conformément à l'esprit des recommandations aux services d'achat de la Confédération intitulées «Promotion du plurilinguisme dans le domaine des marchés publics» et non en demandant des offres à des soumissionnaires étrangers.

6.4.3. Art. 17 Procédure de gré à gré

La [FVE](#) renvoie à ses remarques au sujet de l'art. 23 AP-LMP.

Selon la [Poste](#), cette exception devrait être inscrite dans la loi et non dans l'ordonnance.

6.4.4. Art. 18 Description de la prestation

[Lignum](#) souhaite que le rapport explicatif précise que les exigences à remplir impérativement dont il est question à l'al. 3 doivent être décrites de manière aussi exhaustive possible.

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

Selon la [FVE](#), le temps nécessaire pour répondre aux questions portant sur les documents d'appel d'offres gagnerait à faire l'objet de dispositions expresses dans l'ordonnance, même s'il s'agit d'une simple prescription d'ordre.

6.4.6. Art. 21 Communications des soumissionnaires

Les [CFF](#) trouvent que les communications des soumissionnaires doivent se faire dans la langue fixée par l'adjudicateur et demandent par conséquent la suppression de cet article.

La [Poste](#) estime que l'acceptation des communications dans les trois langues officielles entraîne un énorme surcoût temporel et financier. Lors de marchés publics complexes, il est difficile de trouver du personnel possédant aussi bien les compétences techniques que les compétences linguistiques nécessaires. La [Poste](#) demande par conséquent la suppression de cet article.

Pour [E. Ramer](#), l'acceptation des trois langues officielles n'est pas judicieuse, du fait que tant les mandataires que les adjudicateurs n'ont souvent pas les connaissances linguistiques nécessaires.

Selon le [Conseil des EPF](#), des exceptions devraient être possibles. En considération des coûts de traduction élevés qu'implique cette disposition, [BLS](#) demande qu'on prévoie une exception pour les adjudicateurs opérant dans les secteurs.

6.4.7. Art. 22 Vérification de l'aptitude

Selon la [FVE](#), le pouvoir de vérification de l'adjudicateur gagnerait à faire l'objet d'une disposition de principe dans la loi.

6.4.8. Art. 23 Authentification pour les enchères électroniques

La [FVE](#) renvoie à ses remarques au sujet de l'art. 25 AP-LMP.

6.4.9. Art. 24 Dialogue

La [FVE](#) renvoie à ses remarques au sujet de l'art. 28 AP-LMP.

Pour l'[USIE](#), [constructionsuisse](#), l'[USM](#) et [E. Ramer](#), l'adjudicataire devrait aussi avoir droit à une indemnité.

Selon la [SIA](#), il faut renoncer à cet article et introduire après le chapitre 6 un nouveau chapitre structuré de manière analogue à ce dernier et portant sur les mandats d'étude parallèles d'architecture et d'ingénierie. [constructionsuisse](#) souhaite également ce nouveau chapitre.

6.4.10. Art. 25 Documentation

Selon la [FVE](#), cette disposition est trop imprécise et doit par conséquent être clarifiée.

6.4.11. Art. 26 Débriefing

Selon [E. Ramer](#), cette disposition devrait être impérative et figurer dans la loi.

La [FVE](#) approuve l'introduction de cette disposition.

6.4.12. Art. 27 Conclusion du contrat

Selon [C. Schneider Heusi](#), la forme de la conclusion des contrats est réglée de manière exhaustive par le droit privé. Elle propose donc de supprimer cet article.

6.4.13. Art. 28 Délais de paiement

L'[USIE](#), [constructionsuisse](#), l'[USM](#), la [SSE](#) et [Infra](#) approuvent expressément cet article mais considèrent qu'il devrait figurer dans la loi.

Selon [BLS](#), les instructions du DFF ne devraient pas s'appliquer aux adjudicateurs opérant dans les secteurs.

6.4.14. Art. 30 Droits de propriété intellectuelle

Selon [C. Schneider Heusi](#), des dispositions matérielles sur les droits de propriété intellectuelle n'ont rien à faire dans le droit des marchés publics. Si elles sont malgré tout jugées nécessaires, elles doivent être introduites dans la loi et non dans l'ordonnance.

L'[USIE](#), [constructionsuisse](#), l'[USM](#) et la [SIA](#) estiment que transférer les droits de propriété intellectuelle au moyen d'une simple indication dans les documents d'appel d'offres est contraire au principe de la bonne foi. Ils relèvent qu'un transfert des droits de propriété intellectuelle nécessite l'accord du titulaire de ces derniers et doit donner lieu à une indemnisation. Ils observent par ailleurs que cette disposition est en contradiction avec l'article portant sur les droits d'auteur dans les concours d'études et les concours portant sur les études et la

réalisation (art. 48 AP-OMP). Ainsi, ils demandent de supprimer l'al. 2 et d'adapter l'al. 3 en conséquence.

6.4.15. Art. 31 Liste des soumissionnaires sanctionnés

Pour l'[USIE](#), [constructionsuisse](#), l'[USM](#), la [SSE](#) et la [SIA](#), cette disposition ainsi que l'article de loi correspondant sont formulés de manière trop large. L'[USIE](#), [constructionsuisse](#), l'[USM](#) et la [SSE](#) pensent que cette liste constitue un instrument méritant d'être étudié mais estiment qu'elle doit faire l'objet d'une réflexion plus approfondie.

La [FVE](#) renvoie à ses remarques au sujet de l'art. 47 AP-LMP.

6.5. Chapitre 5 Publications et statistiques

6.5.1. Art. 32 Publications

Al. 2

[BLS](#) relève que la motion Graf-Litscher, qui est à la base de cette disposition, ne mentionne pas les adjudicateurs opérant dans les secteurs. [BLS](#) considère que l'obligation fixée dans cette disposition engendrerait pour ces adjudicateurs des coûts démesurés, dont l'État ne les indemniserait pas. C'est pourquoi [BLS](#) demande qu'il soit précisé à l'al. 2 que cette disposition ne s'applique pas aux adjudicateurs opérant dans les secteurs.

Considérant que la tenue de la liste définie dans cette disposition impliquerait une augmentation des charges sans présenter d'avantage évident, la [Poste](#), les [CFF](#) et [PUBLICA](#) demandent la suppression de l'al. 2.

Le [Conseil des EPF](#) est également d'avis que cette disposition impliquerait des coûts disproportionnés. Il propose que la valeur seuil pour la publication soit fixée à 150 000 francs au lieu de 50 000 francs.

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

La [SIA](#) approuve expressément ce chapitre et espère qu'il sera repris dans les dispositions d'exécution cantonales. L'[USIE](#), [constructionsuisse](#) et l'[USM](#) approuvent également ce chapitre, mais souhaitent qu'il figure dans la loi.

[C. Schneider Heusi](#) se demande si une réglementation aussi détaillée est nécessaire, vu en particulier le fait qu'au niveau cantonal il a été renoncé à une telle réglementation.

6.6.1. Art. 34 Objectif

Les [Verts](#), le [PS](#), la [coalition d'ONG pour les achats publics](#) et la [Gesamtkirchgemeinde Bern](#) souhaitent que le développement durable et la dimension sociale soit explicitement mentionnés.

L'[USIE](#), [constructionsuisse](#) et l'[USM](#) approuvent explicitement l'al. 2.

6.6.2. Art. 39 Travaux préparatoires

[Lignum](#) propose d'introduire à l'al. 3 une lettre supplémentaire. Cette disposition serait formulée comme suit: «*l'acquisition de biens produits selon les principes du développement durable.*»*

6.6.3. Art. 41 Encouragement de la relève

L'USIE, [constructionsuisse](#) et l'USM approuvent expressément cet article.

6.6.4. Art. 44 Jury

[Lignum](#) demande que l'article dispose qu'un membre du jury doit être qualifié pour évaluer les aspects ayant trait au développement durable.

L'USIE, [constructionsuisse](#) et l'USM estiment que, pour que les prestations puissent être évaluées de manière objective, le jury doit se composer de spécialistes qualifiés dans plusieurs domaines déterminants.

6.6.5. Art. 46 Classement et prix

L'USIE, [constructionsuisse](#), l'USM et la SIA relèvent que, selon le règlement SIA 142, il ne faut pas l'accord de tous les membres du jury ayant le droit de vote, mais de trois quarts d'entre eux et de tous les représentants de l'adjudicateur.

6.6.6. Art. 49 Droits en matière de concours

[E. Ramer](#) est d'avis que les termes utilisés à l'al. 1 dans la version allemande ne sont pas corrects. Selon lui, il s'agit tant à la let. b qu'à la let. c d'une adjudication («*Zuschlag*»), portant respectivement sur un marché d'étude et sur un marché concernant la réalisation.

L'USIE, [constructionsuisse](#), l'USM et la SIA relèvent que cet article est en contradiction avec le règlement SIA 142 et demandent donc qu'il soit modifié.

6.7. Chapitre 7 Procédure simple et rapide

[C. Schneider Heusi](#) propose que ce chapitre soit supprimé. Elle estime que, s'il était conservé, il faudrait revoir les questions de l'avance de frais et de la prolongation des délais.

[PUBLICA](#), l'USAM, la SSE, l'USIE et [constructionsuisse](#) considèrent pour des raisons différentes que ce chapitre devrait figurer dans la loi.

6.7.1. Art. 53 Procédure

Selon [SH](#), prévoir qu'une ordonnance peut déroger à une loi est contraire aux principes de l'État de droit.

La [FVE](#) juge les moyens de preuve prévus trop restrictifs. Elle considère qu'à ce stade de la procédure les témoignages et, dans les cas complexes, les expertises doivent être également admis comme moyens de preuve. Elle estime par ailleurs que l'allocation de dépens devrait pouvoir être envisagée en cas de recours téméraire.

6.7.2. Art. 54 Délais

La [FVE](#) relève que la première phrase de l'al. 1 répète une information figurant dans la loi et considère donc qu'elle doit être supprimée. Pour le reste, la [FVE](#) renvoie à ses remarques au sujet de l'art. 58 AP-LMP.

La [Poste](#) approuve le fait qu'un soumissionnaire faisant recours doive verser une avance de frais. Elle propose cependant que cette dernière soit relevée à 10 000 francs.

Les [CFF](#) sont opposés à la disposition figurant à l'al. 4. Selon eux, accorder l'effet suspensif au recours sans entendre l'adjudicateur est contraire au principe selon lequel l'effet suspensif ne peut être accordé qu'après une pesée des intérêts. L'adjudicateur serait privé de la possibilité d'exposer les intérêts public à une conclusion rapide du contrat. C'est pourquoi les [CFF](#) demandent que l'al. 4 soit supprimé.

6.7.3. Art. 56 Décision sur recours

La [FVE](#) juge inacceptable qu'il faille verser une avance de frais supplémentaire pour pouvoir obtenir la motivation du dispositif du jugement. Elle estime qu'un tel montant risque de dissuader les plaideurs et de conduire à des dérives quant à la pertinence des faits et du droit respectivement retenus et appliqué par le juge.

Selon la [COMCO](#), les art. 55 et 56 AP-OMP ne garantissent pas une protection juridictionnelle effective, voire confinent à l'arbitraire. Elle considère qu'on doit avoir accès, pour les marchés publics, à une voie de droit effective, à même de générer de la jurisprudence, et ce sans qu'on doive payer une avance de frais supplémentaire pour l'obtention de la motivation. Elle estime que l'autorité de recours doit être libre de revoir le montant des frais judiciaires à la hausse lorsque la motivation aura amené à un dépassement de l'avance de frais.

6.8. Chapitre 8 Autorité de surveillance

Aucun participant n'a formulé de remarque sur ce chapitre.

6.9. Chapitre 9 Dispositions finales

6.9.1. Art. 61 Surveillance

Les [Verts](#), le [PS](#), la [coalition d'ONG pour les achats publics](#) et la [Gesamtkirchgemeinde Bern](#) proposent de préciser que les tâches de contrôle portent notamment sur le respect de critères de développement durable. Ils estiment par ailleurs qu'il faudrait prévoir la possibilité de contrôles externes par sondage.

6.10. Annexes

Annexe 1 Preuves

La [CSDE](#) approuve explicitement la mention, au ch. 6, des preuves concernant le respect de l'égalité salariale entre femmes et hommes.

Les [Verts](#), le [PS](#), la [coalition d'ONG pour les achats publics](#) et la [Gesamtkirchgemeinde Bern](#) demandent qu'on indique au ch. 6 que le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs, des conditions de travail et de l'égalité salariale entre femmes et hommes peut être contrôlé au lieu d'exécution de la prestation. Par ailleurs, ils souhaitent que le ch. 10 mentionne également les preuves relatives à des normes en matière de développement durable (par ex. labels), à des certifications ou à des systèmes de gestion environnementale et sociale.

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

Les [Verts](#), le [PS](#), la [coalition d'ONG pour les achats publics](#) et la [Gesamtkirchgemeinde Bern](#) demandent qu'on prévoie que les appels d'offres doivent contenir des exigences touchant notamment les aspects social et écologique du développement durable. Ils demandent par ailleurs qu'on exige des preuves du respect de ces exigences.

7. Avis relatifs à l'ordonnance sur les valeurs seuils applicables aux marchés publics

Seuls trois participants à la consultation ont formulé des remarques sur le projet d'ordonnance sur les valeurs seuils ([FVE](#), [BLS](#) et [PUBLICA](#)).

Concernant les valeurs seuils et procédures applicables aux marchés non soumis aux accords internationaux, la [FVE](#) juge inacceptable que les valeurs seuils pour les travaux de construction aient été abaissées par rapport à la réglementation actuelle. Selon elle, ces valeurs devraient être alignées sur celles des accords internationaux.

L'entreprise [BLS](#) constate que le tableau concernant les valeurs seuils et les procédures applicables aux marchés non soumis aux accords internationaux ne contient, en ce qui concerne la procédure sur invitation, aucune indication pour les entreprises opérant dans les secteurs. Relevant d'une part que le droit en vigueur (chap. 3 de l'OMP) prévoit que ces entreprises peuvent recourir à la procédure sur invitation pour des marchés d'une valeur inférieure à 640 000 francs (fournitures et services), d'autre part que le rapport explicatif ne mentionne aucun projet de durcissement substantiel pour ces mêmes entreprises, elle propose qu'on complète ce tableau en indiquant que, pour les adjudicateurs opérant dans les secteurs, les valeurs seuils déterminantes pour la procédure sur invitation sont fixées à 640 000 francs pour les fournitures et services et à 8 millions de francs pour les travaux de construction.

Dans ses remarques concernant l'art. 22 AP-LMP, [PUBLICA](#) demande de renoncer à la nouvelle valeur seuil de 150 000 francs.

8. Liste des participants à la consultation

Aargauische Industrie- und Handelskammer
Action de Carême
Aéroport de Zurich SA
Alliance Sud
Association des communes suisses
Association des entreprises électriques suisses
Association des entreprises suisses de services de sécurité
Association suisse des géologues
Association suisse des professionnels de l'immobilier
Autorité intercantonale pour les marchés publics
BLS AG
Business Social Compliance Initiative (nachhaltigwirkt.ch)
cablex AG
Caisse fédérale de pensions PUBLICA
Calag Carrosserie Langenthal AG
Canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures
Canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures
Canton d'Argovie
Canton de Bâle-Campagne
Canton de Berne
Canton de Fribourg
Canton de Genève
Canton de Glaris
Canton de Lucerne
Canton de Neuchâtel
Canton de Nidwald
Canton de Saint-Gall
Canton de Schaffhouse
Canton de Schwyz
Canton de Soleure
Canton de Thurgovie
Canton de Vaud
Canton de Zoug
Canton de Zurich
Canton d'Obwald
Canton du Jura
Canton du Tessin
Canton du Valais
Canton d'Uri
Carrosserie Hess AG
Centre patronal
Chambre de commerce, d'industrie et des services de Genève
Chemins de fer fédéraux suisses
Claudia Schneider Heusi, avocate
Cliniques privées suisses
Commerce Suisse

Commission de la concurrence
Conférence suisse des délégué-e-s à l'égalité entre femmes et hommes
Conseil des EPF
constructionsuisse
Déclaration de Berne
Développement Suisse
economiesuisse
Erich Ramer
Fédération des architectes suisses
Fédération des entreprises romandes
Fédération genevoise des métiers du bâtiment
Fédération Infra
Fédération vaudoise des entrepreneurs
Fondation Max Havelaar
Fondation suisse pour la pratique environnementale Pusch
Groupement suisse de la géologie de l'ingénieur
Helvetas
Industrie- und Handelskammer Zentralschweiz
Industrieverband Solothurn und Umgebung
Ingénieurs-géomètres suisses
Kommission für Ökumene, Mission und Entwicklungszusammenarbeit der Evang.-ref.
Gesamtkirchgemeinde Bern
La Poste Suisse SA
Lanz+Marti
Lignum Économie suisse du bois
Ligue pulmonaire suisse
Magasins du Monde
Martin Beyeler, avocat
Parti démocrate-chrétien suisse
Parti écologiste suisse
Parti socialiste suisse
PLR.Les Libéraux-Radicaux
RAILplus AG
Secrétariat d'État à l'économie
Società svizzera impresari costruttori Sezione Ticino
Société suisse des entrepreneurs
Société suisse des ingénieurs et des architectes
Solidar Suisse
2122 citoyens (Solidar Suisse)
suissetec
Sunrise SA
Suva
Swico
Swiss Fair Trade
Swiss Textiles
Swissaid
swisscleantech
Swissmedic
Swissmem

Swissrail Industry Association
tobe.ch - ICT Cluster Bern
Tribunal administratif fédéral
Tribunal fédéral
Union démocratique du centre
Union des villes suisses
Union patronale suisse
Union suisse des arts et métiers
Union suisse des carrossiers
Union suisse des installateurs-électriciens
Union suisse des paysans
Union suisse des sociétés d'ingénieurs-conseils
Union suisse du métal
Union syndicale suisse
Université de Lausanne (P^r Poltier)