

**EXPOSE DES MOTIFS ET**

**PROJET DE DECRET**

**portant adhésion du Canton de Vaud à l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics**

**et**

**PROJET DE LOI**

**sur les marchés publics (LMP-VD)**

**et**

**RAPPORTS DU CONSEIL D'ETAT AU GRAND CONSEIL**

**sur la motion Yvan Pahud et consorts – Pour une véritable promotion du bois comme unique matériau renouvelable (19\_MOT\_073) (Réponse à la conclusion no 2 du motionnaire)**

**et**

**sur la motion Georges Zünd et consorts – Travailler à livre ouvert pour plus de transparence et moins de surcoûts dans les marchés publics (19\_MOT\_120)**

**et**

**sur le postulat Laurence Cretegnny et consorts – Mandats externes hors de nos frontières, y a-t-il pénurie dans notre Canton et en Suisse ? (19\_POS\_119)**

**et**

**sur le postulat Patrick Vallat et consorts – Modifications de la Loi vaudoise sur les marchés publics et de son règlement d'application, mesures d'allègement et de clarification administratives (13\_POS\_050)**

## TABLE DES MATIERES

<b>1. Exposé des motifs et projet de décret portant adhésion du Canton de Vaud à l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP 2019)</b> .....	<b>3</b>
1.1 Introduction.....	3
1.2 Adhésion à l'AIMP 2019 et conséquences pour les cantons.....	3
1.3 Les nouveautés et principes essentiels de l'AIMP 2019 .....	4
1.4 Consultations auprès des cantons de l'AIMP 2019.....	8
1.5 Effets pour les soumissionnaires .....	9
1.6 Effets pour les adjudicateurs .....	9
1.7 Message type de l'AIMP 2019.....	9
<b>2. Exposé des motifs et projet de loi sur les marchés publics (LMP-VD)</b> .....	<b>10</b>
2.1 Introduction.....	10
2.2 Consultation .....	10
2.3 Commentaire article par article de la loi sur les marchés publics (LMP-VD) .....	14
<b>3. Réponses du Conseil d'Etat aux interventions parlementaires</b> .....	<b>27</b>
3.1 Motion Yvan Pahud et consorts – Pour une véritable promotion du bois comme unique matériau renouvelable (19_MOT_073) (Réponse à la conclusion no 2 du motionnaire) .....	27
3.2 Motion Georges Zünd et consorts – Travailler à livre ouvert pour plus de transparence et moins de surcoûts dans les marchés publics (19_MOT_120) .....	35
3.3 Postulat Laurence Cretegy et consorts – Mandats externes hors de nos frontières, y a-t-il pénurie dans notre Canton et en Suisse ? (19_POS_119) .....	40
3.4 Postulat Patrick Vallat et consorts – Modifications de la Loi vaudoise sur les marchés publics et de son règlement d'application, mesures d'allègement et de clarification administratives (13_POS_050) .....	51
<b>4. Conséquences</b> .....	<b>57</b>
4.1 Constitutionnelles, légales et réglementaires (y.c. eurocompatibilité).....	57
4.2 Financières (budget ordinaire, charges d'intérêt, autres) .....	57
4.3 Conséquences en terme de risques et d'incertitudes sur les plans financier et économique .....	57
4.4 Personnel.....	57
4.5 Communes .....	57
4.6 Environnement, développement durable et consommation d'énergie.....	57
4.7 Programme de législation et PDCn (conformité, mise en œuvre, autres incidences).....	57
4.8 Loi sur les subventions (application, conformité) et conséquences fiscales TVA .....	57
4.9 Découpage territorial (conformité à DecTer).....	57
4.10 Incidences informatiques .....	58
4.11 RPT (conformité, mise en œuvre, autres incidences).....	58
4.12 Simplifications administratives .....	58
4.13 Protection des données.....	58
4.14 Autres .....	58
<b>5. Conclusion</b> .....	<b>59</b>
<b>6. Annexes</b> .....	<b>60</b>

# **1. EXPOSE DES MOTIFS ET PROJET DE DECRET PORTANT ADHESION DU CANTON DE VAUD A L'ACCORD INTERCANTONAL DU 15 NOVEMBRE 2019 SUR LES MARCHES PUBLICS (AIMP 2019)**

## **1.1 Introduction**

Les marchés publics représentent un secteur important de l'économie nationale suisse. Le droit des marchés publics trouve son fondement dans l'Accord de l'OMC sur les marchés publics, l'Accord sur les marchés publics (ci-après : AMP) ainsi que dans l'Accord bilatéral passé avec l'UE sur certains aspects relatifs aux marchés publics. L'AMP est concrétisé par les cantons au travers de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (ci-après : AIMP). Suite à la révision de l'AMP, achevée en 2012 (ci-après : AMP 2012), des adaptations du droit national sont nécessaires.

### *1.1.1 Ratification de l'AMP 2012*

Pour que la Suisse puisse participer aux nouveautés et aux nouveaux marchés, elle doit préalablement adapter le droit national. A cet effet, l'autorité compétente, à savoir l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (ci-après : AiMp), a adopté le nouvel AIMP à l'unanimité le 15 novembre 2019 (ci-après : AIMP 2019). La Confédération a également adapté son cadre légal, composé de la loi fédérale et de l'ordonnance sur les marchés publics. La Suisse a ratifié l'AMP 2012, qui confère aux entreprises suisses un accès élargi aux marchés d'environ 80 à 100 milliards de dollars par an. Cet accord est entré en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> janvier 2021.

### *1.1.2 Harmonisation*

Dans le cadre de l'art. 95, al. 2 de la Constitution fédérale (RS 101), la Confédération a la possibilité de mettre en place un cadre juridique pour créer un espace économique suisse unique. L'art. 48 de la Constitution fédérale donne en outre la possibilité aux cantons de conclure des conventions entre eux. Ces conditions juridiques ont permis d'élaborer ensemble une législation d'harmonisation des marchés publics.

L'AIMP 2019 a pour effet d'harmoniser autant que possible la teneur des règles en matière de marchés publics de la Confédération et des cantons, tout en maintenant la répartition des compétences entre Confédération et cantons. Cette harmonisation de la Confédération et des cantons constitue une nouveauté significative.

La structure de l'AIMP 2019 et sa terminologie ont été revues à cet effet. Les concepts réglementaires éprouvés ont été conservés (p. ex. interdiction de négociation, protection juridique) et de nouvelles définitions ont été introduites. Il n'en résulte aucun changement matériel fondamental pour les cantons. Les changements concernent essentiellement les questions d'assujettissement (par exemple en lien avec la délégation de tâches publiques et l'attribution de certaines concessions) et les nouveaux instruments des marchés publics.

Une harmonisation doit en outre être réalisée entre les cantons. A cet effet, les dispositions qui étaient jusqu'à présent réglées dans les directives d'exécution de l'AIMP (ci-après : DEMP) ont été intégrées dans l'AIMP 2019. Comme par le passé, l'AIMP 2019 opère une distinction entre les marchés soumis aux accords internationaux, à savoir les marchés publics qui sont adjugés dans le champ d'application des engagements internationaux de la Suisse en matière de marchés publics, et les marchés non soumis aux accords internationaux, à savoir les marchés publics qui sont uniquement soumis aux règles du droit interne.

## **1.2 Adhésion à l'AIMP 2019 et conséquences pour les cantons**

### *1.2.1 Procédure d'adhésion*

Les accords intercantonaux sont des accords de droit public, conclus par deux ou plusieurs cantons dans un domaine qui relève de leurs compétences. L'AIMP 2019 vise à uniformiser le droit entre les cantons. Les différents cantons peuvent approuver ou rejeter le texte de l'AIMP 2019 proposé. Une adhésion sous réserve n'est pas possible<sup>1</sup>. Les dispositions de l'AIMP 2019 sont au demeurant directement applicables.

### *1.2.2 Intégration des dispositions d'exécution dans l'AIMP 2019*

Différentes branches économiques réclament depuis des années une harmonisation entre les régimes juridiques de la Confédération et des cantons ainsi qu'entre ceux des cantons eux-mêmes. Le nouvel Accord intercantonal permet de satisfaire cette demande. L'une des étapes nécessaires pour parvenir à cette fin fut d'intégrer dans l'AIMP 2019 l'essentiel des dispositions d'exécution jusqu'à présent réglementées au niveau cantonal, respectivement dans les DEMP.

---

<sup>1</sup> Cf. également à ce sujet PETER HÄNNI, Verträge zwischen den Kantonen und zwischen dem Bund und den Kantonen, *in* : Thürer et al. (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zurich 2001, § 28, Cm 23.

### 1.2.3 Dispositions d'exécution cantonales

L'AIMP en vigueur constitue un accord-cadre, alors que l'AIMP 2019 règle pratiquement tous les domaines du droit des marchés publics. Dans le cadre de l'art. 63, al. 4 AIMP 2019, les cantons ont la possibilité d'édicter leurs propres dispositions. L'article cité prévoit que les cantons peuvent édicter des dispositions d'exécution, en particulier pour les art. 10, 12 et 26 AIMP 2019, pour autant que les engagements internationaux soient respectés. Les cantons conservent en outre la compétence organisationnelle et déterminent en toute autonomie qui, dans le canton, détient quelles compétences en matière de marchés publics.

## 1.3 Les nouveautés et principes essentiels de l'AIMP 2019

Grâce au nouveau droit des marchés publics, la concurrence axée sur la qualité, les préoccupations relatives au développement durable et la prise en compte de solutions innovantes prendront beaucoup d'importance. Les PME suisses pourront ainsi engranger des points dans les marchés des pouvoirs publics. Voici un bref aperçu des changements les plus importants.

### 1.3.1 Article relatif au but

L'article relatif au but n'exige plus seulement une utilisation des deniers publics qui soit économique, encore faut-il que cette utilisation ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables (art. 2 AIMP 2019). Les trois dimensions du développement durable sont ainsi expressément couvertes. Cet ajout tient compte de la prise de conscience accrue de la société en faveur d'une action durable. L'article relatif au but sert à interpréter les dispositions suivantes. L'ordre d'énumération à l'art. 2 AIMP 2019 ne signifie pas que le premier but revêt une importance prioritaire par rapport aux suivants. Tous les buts méritent la même attention.

### 1.3.2 Clarification des notions et du champ d'application

L'AIMP 2019 contient désormais une courte liste de définitions (art. 3 AIMP 2019) qui comprend notamment les termes « entreprise publique » et « organismes de droit public ». Le champ d'application subjectif concernant les adjudicateurs a été précisé (art. 4 AIMP 2019). En ce qui concerne le champ d'application objectif, une définition du terme « marchés publics » a été intégrée (art. 8 AIMP 2019). Il ressort notamment de cette définition et de son commentaire (cf. Message type de l'AIMP 2019, p. 33-34 et la référence citée) que les marchés passés dans le but d'accomplir des tâches qui servent uniquement des intérêts privés ne sont pas soumis au droit des marchés publics. La délégation de tâches publiques et l'attribution de concession sont désormais expressément traitées comme des marchés publics (art. 9 AIMP 2019). L'AIMP 2019 prévoit d'une part que la délégation d'une tâche publique ou l'octroi d'une concession sont considérés comme des marchés publics lorsque le soumissionnaire se voit accorder, du fait d'une telle délégation ou d'un tel octroi, des droits exclusifs ou spéciaux qu'il exerce dans l'intérêt public en contrepartie d'une rémunération ou d'une indemnité, directe ou indirecte. Les dispositions spéciales du droit fédéral et cantonal demeurent réservées. Ainsi, par exemple, les concessions dans le domaine des forces hydrauliques ne sont pas concernées par ce nouvel article. Les exceptions (art. 10 AIMP 2019) ont été redéfinies et élargies. Ainsi, il est prévu que l'accord ne s'applique pas aux marchés passés avec des institutions pour handicapés, des organismes d'insertion socioprofessionnelle, des œuvres de bienfaisance ou des établissements pénitentiaires (art. 10, al. 1, let. e AIMP 2019) ou aux institutions de prévoyance de droit public cantonales et communales (art. 10, al. 1, let. g AIMP 2019). L'AIMP 2019 confère aux cantons le droit de définir un assujettissement dans le cadre des dispositions d'exécution cantonales pour ce qui a trait aux marchés passés avec des organismes d'insertion socioprofessionnelle et pour ceux des institutions de prévoyance de droit public cantonales et communales. Pour finir, même si la doctrine et la jurisprudence l'admettent déjà, l'AIMP 2019 exempte quatre types de marchés : les monopoles, les marchés *in-state*, *in-house* et *quasi in-house* (art. 10, al. 2 AIMP 2019).

### 1.3.3 Marchés publics axés sur la qualité

Le nouveau droit a pour objectif d'accorder une plus grande importance à la qualité. Qualifié de « changement de paradigme » par différentes instances, cet aspect se retrouve dans plusieurs dispositions de l'AIMP 2019. Ainsi, le critère de la qualité a gagné en importance et il est mis sur pied d'égalité avec le prix en devenant un critère d'adjudication obligatoire (art. 29, al. 1 AIMP 2019). La qualité attendue est définie par l'adjudicateur, notamment au moyen des spécifications techniques insérées dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres (art. 30, al. 1 AIMP 2019). L'art. 41 AIMP 2019 ancre, quant à lui, le nouveau concept de l'offre la « plus avantageuse » à la place de l'offre « économiquement la plus avantageuse » jusqu'à présent utilisé, afin de minimiser l'importance accordée à l'aspect économique des offres lors de leur évaluation. En revanche, les prestations standardisées peuvent, comme par le passé, être attribuées uniquement sur la base du prix global le plus bas. L'offre la « plus avantageuse » est celle qui répond le mieux aux critères d'adjudication, c'est-à-dire à la qualité globale de l'offre.

C'est la raison pour laquelle le soumissionnaire qui a remis l'offre la plus avantageuse dispose d'un droit à l'obtention de l'adjudication en droit des marchés publics. Celui-ci est déterminé en tenant compte de la qualité et du prix d'une prestation, mais aussi, selon l'objet de la prestation, d'autres critères équivalents tels que l'adéquation, les délais, les coûts du cycle de vie, le développement durable, les conditions de livraison, le service à la clientèle, etc. (cf. art. 29 AIMP 2019). La prise en compte d'objectifs secondaires (tels que l'insertion sociale, les places de formation dans la formation professionnelle initiale) est également possible, mais ne doit pas se traduire par une discrimination ou un refus injustifié de l'accès au marché.

#### *1.3.4 Développement durable*

Le développement durable joue un rôle central dans l'Accord révisé. Les dispositions correspondantes figurent aux art. 2, 12, 29 et 30 AIMP 2019. Une plus grande marge de manœuvre sera accordée aux adjudicateurs dans la prise en compte du développement durable qui doit désormais être exploitée. Ce renforcement du développement durable devrait influencer et influencera de plus en plus la conception des critères dans les appels d'offres futurs. Afin de marquer ce renforcement, le projet de loi intègre un article spécifiquement dédié au développement durable.

Dorénavant, les adjudicateurs seront par exemple tenus de prendre davantage en considération dans l'élaboration de leurs systèmes d'évaluation le développement durable avec toutes ses dimensions conformément à l'article relatif au but, le caractère innovant et la plausibilité de l'offre.

Demeure toutefois interdite l'utilisation du développement durable à des fins protectionnistes. L'égalité de traitement commande qu'un standard de durabilité tout aussi élevé soit exigé des soumissionnaires suisses et étrangers.

#### *1.3.5 Nouveaux critères d'adjudication*

L'AIMP 2019 introduit désormais la possibilité pour l'adjudicateur de prendre en compte des critères d'adjudication dits « étrangers au marché » dans le cadre d'un marché public. Ces critères sont énoncés à l'art. 29, al. 2 AIMP 2019. L'adjudicateur peut prendre en compte à titre complémentaire la mesure dans laquelle les soumissionnaires offrent des places de formation initiale, des places de travail pour les travailleurs âgés ou une réinsertion pour les chômeurs de longue durée. Il s'agit de critères sociaux, qui ne peuvent être utilisés que pour les adjudications cantonnées au marché intérieur (marchés non soumis aux accords internationaux).

#### *1.3.6 Assujettissement de certaines concessions et de la délégation de certaines tâches publiques*

Les concessions relevant du droit administratif suisse sont multiples – la concession n'existe pas. Elles sont soumises au droit des marchés publics lorsqu'il s'agit de déléguer une tâche publique, élément définitoire d'un marché public selon l'art. 8 AIMP 2019. Au sens de l'AIMP 2019, l'octroi d'une concession à une entreprise privée implique que cette dernière se voit accorder des droits qu'elle n'avait pas avant. Les concessions sans rapport avec des tâches publiques (par ex. les concessions d'usage privatif) ou qui ne confèrent aucun statut particulier au soumissionnaire ne sont pas soumises à l'AIMP 2019.

Du fait de ressources restreintes et de par sa concentration sur ses compétences clés, l'Etat a confié à des entreprises privées des tâches publiques relevant de différents domaines, et ce à tous les échelons (Confédération, cantons et communes). Si l'Etat, se fondant sur une base légale, décide de confier une tâche publique à des tiers, la délégation de cette tâche publique est en principe soumise au droit des marchés publics (cf. art. 9 AIMP 2019 à ce sujet), que l'exécution de cette tâche soit financée directement par l'adjudicateur ou par un fonds ou une assurance.

Le renvoi aux « tâches publiques » englobe tous les secteurs dans lesquels une responsabilité d'exécution incombe à l'Etat. Citons à titre d'exemple la police, soit la protection de l'ordre public et la sécurité, la politique de la santé ou encore la politique sociale. Si la loi, par exemple, oblige l'Etat à veiller à l'élimination de déchets problématiques, ce dernier a la possibilité de déléguer cette tâche à des tiers, pour autant qu'une base légale l'y autorise.

Les cantons et les communes sont soumis à l'obligation, prévue à l'art. 2, al. 7 LMI, de lancer un appel d'offres pour les concessions. Pour l'octroi de concessions de monopoles et de concessions de services publics, le droit des marchés publics, axé sur la concurrence et la rentabilité, n'est pas non plus toujours approprié. C'est pourquoi les règles de droit spécial priment (par ex. art. 3a et 5 al. 1 LApEI, art. 60, al. 3bis et 62, al. 2bis LFH ; les règlementations cantonales peuvent également être considérées comme des règles de droit spécial).

### *1.3.7 Plateforme de publication commune de la Confédération et des cantons*

L'utilisation des technologies modernes de l'information améliore la transparence des marchés publics et facilite l'entrée sur le marché. Tant dans la procédure ouverte que dans la procédure sélective, l'appel d'offres, l'adjudication et l'interruption de la procédure sont obligatoirement publiés sur la plateforme Internet (aujourd'hui simap.ch) pour les marchés publics, exploitée conjointement par la Confédération et les cantons (art. 48 AIMP 2019). Une obligation de publication existe par ailleurs aussi pour les adjudications de gré à gré des marchés soumis aux accords internationaux. Outre les cantons qui utilisent déjà simap.ch de manière obligatoire, tous les autres adjudicateurs doivent désormais également publier sur simap.ch les marchés dans les procédures ouvertes et sélectives. Les cantons sont libres de prévoir des organes de publication supplémentaires.

L'utilisation accrue des technologies modernes de l'information dans les marchés publics, en particulier de simap.ch, augmentera encore la transparence des marchés publics et réduira la charge de travail des soumissionnaires. Actuellement, quelque 20'000 publications d'une valeur de marché d'environ 17,5 milliards de francs sont publiées chaque année sur simap.ch. Avec l'obligation légale pour tous les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'Accord intercantonal de publier sur simap.ch, le nombre de marchés publiés et le volume des adjudications devraient fortement augmenter à l'avenir.

### *1.3.8 Délais réduits afin d'accélérer la procédure*

L'AMP 2012 comprend désormais de nouvelles réductions des délais minimaux qui sont à présent reprises dans le droit national. Des réductions des délais pour les marchés soumis aux accords internationaux sont possibles dans la procédure ouverte, mais aussi dans la procédure sélective (art. 47 AIMP 2019). En ce qui concerne les marchés qui ne tombent pas dans le champ d'application des accords internationaux, le délai de remise des offres est en général de 20 jours. Ce délai minimal ne peut être raccourci qu'exceptionnellement pour des marchandises et des services standardisés, un délai minimal de cinq jours devant dans tous les cas être respecté (art. 46, al. 4 AIMP 2019). Dans le respect du délai minimal de cinq jours, les cantons ont la possibilité de prévoir d'autres délais.

### *1.3.9 Protection juridique améliorée*

Le délai de recours a été allongé à 20 jours, afin d'assurer l'harmonisation entre la Confédération et les cantons (art. 56 AIMP 2019). Les cantons ne disposent aujourd'hui que d'un délai de recours de dix jours. Celui-ci s'avère être particulièrement court en comparaison avec les autres délais de recours, qui sont généralement de 30 jours.

Seul le tribunal administratif est compétent au niveau cantonal pour les procédures de recours en lien avec les marchés publics, quand la valeur du marché atteint au moins la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation (art. 52 AIMP 2019). L'instance de recours peut statuer sur les éventuelles demandes en dommages-intérêts, en même temps qu'elle procède à la constatation de la violation du droit (art. 58 AIMP 2019). Comme précédemment, les fêtes judiciaires ne s'appliquent pas.

### *1.3.10 Mesures contre les conflits d'intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption*

L'amélioration des conditions-cadres pour la concurrence est au cœur de la révision de l'AMP. Cet objectif doit principalement être atteint grâce à une transparence accrue et à une lutte plus systématique contre la corruption qui fausse ou empêche la concurrence. La corruption peut revêtir de nombreuses formes. Elle repose sur l'octroi et l'acceptation d'avantages matériels pour lesquels il n'existe aucun droit légal.

L'art 11 AIMP 2019 oblige les cantons à prendre des mesures contre les conflits d'intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption. Les cantons sont tenus de prévoir des mesures appropriées à cet effet. On peut par exemple penser ici à la publication active et appropriée de toutes les informations sur une procédure d'adjudication et à la divulgation des différentes étapes de la procédure aux soumissionnaires, à la dénonciation des actes de corruption et d'autres infractions pénales, à la coopération active aux investigations et à la poursuite pénale de la corruption, ainsi qu'au gel, à la saisie, à la confiscation et à la restitution des produits des délits, au prononcé de sanctions disciplinaires et à la mise en œuvre des conséquences en matière de personnel, à l'approfondissement actif et à la diffusion de la prévention de la corruption, à la formation et au perfectionnement des pouvoirs adjudicateurs ou à l'utilisation de règles de conduite pour l'accomplissement correct et en bonne et due forme des tâches de l'adjudicateur.



### *1.3.11 Exclusion, révocation et sanctions*

La liste des motifs d'exclusion et de révocation cités à titre d'exemple est structurée dans l'AIMP 2019 de façon systématique et enrichie. L'art 44 AIMP 2019 contient une liste non exhaustive des motifs possibles. Deux catégories sont désormais distinguées : l'al. 1 exige des connaissances certaines pour prononcer une exclusion, une révocation ou une radiation d'une liste officielle. Le fait que l'adjudicateur puisse tenir compte des expériences négatives faites à l'occasion de marchés antérieurs, tout comme des résultats d'investigations menées par la COMCO (accords de soumission, collusion) représente une nouveauté capitale (let. h). L'adjudicateur a aussi la possibilité de ne pas prendre en considération des soumissionnaires qui ont fait l'objet d'une exclusion entrée en force selon l'art. 45, al. 1 AIMP 2019 (let. j). A l'al. 2, des indices suffisants permettent d'exclure un soumissionnaire, de le radier d'une liste ou de révoquer une adjudication. Si l'exclusion ou la révocation se fondent sur un motif non énoncé, l'adjudicateur doit à chaque fois disposer d'indices suffisants.

L'art. 45 AIMP 2019 inscrit en outre les sanctions « avertissement », « exclusion » (jusqu'à cinq ans) et « amende » (jusqu'à 10% du prix final de l'offre) dans l'AIMP 2019. Une liste non publique des soumissionnaires et sous-traitants sanctionnés est tenue par l'AiMp.

### *1.3.12 Nouveaux instruments*

L'AIMP 2019 entend accorder aux adjudicateurs et aux soumissionnaires une marge de manœuvre maximale (dans le respect des principes du droit des marchés publics), tout en encourageant l'utilisation des technologies modernes de l'information dans les marchés publics. Sur le plan matériel, les modifications proposées concernent notamment l'introduction d'instruments d'acquisition flexibles, qui permettent à leur tour la création de solutions innovantes. Il s'agit d'instaurer la plus grande marge de manœuvre possible dans la perspective des évolutions futures, par exemple dans le domaine de l'acquisition de prestations intellectuelles. Les instruments, tels que le dialogue entre l'adjudicateur et les soumissionnaires (art. 24 AIMP 2019), la possibilité de conclure des contrats-cadres déjà mise à profit en pratique depuis un certain temps (art. 25 AIMP 2019), avec la procédure de conclusion de contrats subséquents ainsi que la conduite d'enchères électroniques (art. 23 AIMP 2019), sont ancrés dans l'AIMP 2019.

#### *1.3.12.1 Dialogue*

En cas de marchés complexes, de prestations intellectuelles ou de prestations innovantes, il est souvent impossible de décrire et de délimiter le contenu du marché de façon suffisamment précise dans un cahier des charges, déjà avant l'appel d'offres. Dans ce cas, l'instrument du dialogue peut être choisi et utilisé dans la procédure sélective et ouverte.

Dans le cadre du dialogue, l'adjudicateur peut, en concertation avec des soumissionnaires sélectionnés, élaborer des pistes de solutions ou de procédés devant déboucher, au terme de ce dialogue, sur une description des prestations tenant compte à la fois des exigences de l'adjudicateur comme des capacités et des ressources des soumissionnaires. Ainsi, l'adjudicateur a à sa disposition un instrument lui permettant de mettre à profit, sur un marché donné, le savoir-faire spécifique des soumissionnaires et de promouvoir l'innovation. Les interruptions de procédures et le lancement de nouveaux appels d'offres peuvent ainsi être évités. Pour les soumissionnaires, le dialogue présente également un avantage : ils n'ont pas à élaborer leur offre dans les moindres détails dès le début de la procédure d'adjudication, mais peuvent l'affiner au cours d'un processus continu.

Le dialogue ne doit pas être engagé dans le but de négocier les prix offerts (cf. à ce propos art. 11, let. d AIMP 2019). En conséquence, il est expressément rappelé que le dialogue ne doit pas être mené dans le but de négocier les prix et les prix globaux (art. 24, al. 2 AIMP 2019).

Citons comme exemple d'une telle tâche complexe dont les conditions-cadres ne peuvent pas être déterminées par avance, le changement d'affectation d'une friche industrielle avec un usage futur inconnu et de nombreux propriétaires impliqués.

### *1.3.12.2 Contrats-cadres*

Dans les contrats-cadres, l'appel d'offres ne porte pas sur un volume de prestations déterminé, mais sur le droit pour l'adjudicateur d'acquiescer certaines prestations dans un laps de temps donné. Les contrats-cadres font notamment l'objet d'un appel d'offres pour des raisons économiques, afin d'éviter une dépendance par rapport à un seul fournisseur ou pour prévenir toute difficulté d'approvisionnement. La possibilité de conclure des contrats-cadres ne constitue pas une procédure en soi. Elle peut être appliquée dans le cadre des procédures d'adjudication existantes. Même si l'instrument du contrat-cadre se traduit par une certaine flexibilité pour le l'adjudicateur, l'AIMP 2019 exige cependant clairement que la durée du contrat-cadre ainsi que les prix (maximaux) soient au moins fixés. L'objet du contrat doit également être défini de manière aussi concrète et exhaustive que possible pour obtenir des prix facturables.

L'AIMP 2019 distingue entre le contrat-cadre avec un adjudicataire (cf. art. 25, al. 4 AIMP 2019) et celui avec plusieurs adjudicataires (cf. art. 25, al. 5 AIMP 2019). Des « raisons suffisantes » sont en outre exigées pour le contrat-cadre avec adjudication multiple.

### *1.3.12.3 Enchères électroniques*

L'enchère électronique ne constitue pas une procédure d'adjudication autonome, mais un instrument qui peut être utilisé dans le cadre d'un projet d'acquisition.

Au cours d'une première phase (préqualification), l'adjudicateur vérifie les critères d'aptitude et les spécifications techniques, puis procède à une première évaluation. Ce n'est que dans un deuxième temps que l'enchère à proprement parler intervient dans la procédure, plusieurs séances d'évaluation étant possibles. Les soumissionnaires peuvent modifier le prix ou certains composants quantifiables de leurs offres. L'évaluation des offres modifiées et le nouveau classement correspondant des soumissionnaires sont opérés par un système automatisé.

Le champ d'application de l'enchère électronique s'étend uniquement aux prestations standardisées. Les autres prestations (p. ex. prestations intellectuelles) ne peuvent donc pas faire l'objet d'une enchère électronique. La pratique devra montrer où ce nouvel instrument pourra être utilisé avec profit.

## **1.4 Consultations auprès des cantons de l'AIMP 2019**

La consultation relative au projet d'AIMP 2019 s'est déroulée du 22 septembre au 19 décembre 2014. Tous les cantons ainsi que 58 organisations et particuliers y ont participé. Une délégation cantonale du groupe de travail a préalablement présenté le projet au Bureau Interparlementaire de Coordination (ci-après : BIC) et s'est tenue à disposition pour un échange. Le BIC a également remis une prise de position.

Dans les prises de position, les participants à la consultation se sont notamment exprimés sur l'harmonisation parallèle en tant que démarche proposée, la définition de la protection juridique, le maintien de l'interdiction de négociation et le droit de recours des autorités proposé par la COMCO. Dans d'autres réponses, les participants à la consultation ont également préconisé une prise en compte accrue de la durabilité en fonction des aspects écologiques, sociaux et économiques.

A l'issue de la procédure de consultation, le projet d'AIMP 2019 a été remanié en fonction des réponses reçues. Par la suite, en raison de la transmission du projet de révision de la loi fédérale sur les marchés publics (P-LMP) au Parlement fédéral le 15 février 2017, les cantons ont suspendu leurs travaux afin de pouvoir garantir l'harmonisation parallèle souhaitée avec la Confédération.

Après l'adoption de la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, avec différentes modifications, dans le cadre des délibérations finales du Conseil national et du Conseil des Etats le 21 juin 2019, les cantons ont vérifié une nouvelle fois lesquelles de ces modifications devaient également être reprises dans l'AIMP 2019 à la lumière de l'harmonisation parallèle, et celles pour lesquelles des différences par rapport au droit fédéral devaient en revanche subsister.

Une consultation succincte a été réalisée à cet effet, à laquelle le BIC a également été convié. Des adaptations ont ensuite été réalisées pour les dispositions où au moins trois-quarts des cantons ont approuvé une harmonisation. Les adaptations pour lesquelles aucune majorité claire n'a pu être déterminée ont fait l'objet de discussions approfondies lors de l'assemblée générale en septembre et de l'assemblée plénière spéciale de novembre 2019, puis décidées par vote. L'Accord intercantonal proposé est donc un accord soigneusement rédigé et solide.



## **1.5 Effets pour les soumissionnaires**

L'harmonisation des règles en matière de marchés publics de la Confédération et des cantons permet aux soumissionnaires de standardiser encore davantage leurs processus. Ils peuvent s'attendre à moins de travail de clarification, également en raison d'une jurisprudence qui devrait être plus homogène et d'une plus grande clarté des bases légales.

Certaines dispositions visent en outre directement une réduction de la charge administrative de la part des soumissionnaires. Ainsi, les pouvoirs adjudicateurs ne pourront par exemple demander les attestations en relation avec les conditions de participation des soumissionnaires qu'à un stade ultérieur de la procédure (p. ex. une garantie bancaire, art. 26, al. 3 et art. 27, al. 3 AIMP 2019). L'utilisation plus répandue des technologies modernes de l'information dans les marchés publics, notamment de la plateforme Internet conjointe de la Confédération et des cantons (simap.ch), devrait également réduire la charge administrative pour les soumissionnaires.

Grâce aux nouvelles orientations, par exemple la concurrence axée sur la qualité, la prise en compte du développement durable de même que la capacité d'innovation des entreprises, les PME suisses peuvent mettre en avant leurs atouts dans le cadre des marchés publics. Les pouvoirs adjudicateurs veilleront, dans la mesure du possible, à tenir compte de façon appropriée, dans la configuration de leurs marchés, des besoins et de la capacité de ces PME dans le respect des principes généraux du droit international et du droit constitutionnel suisse ainsi que de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI ; RS 943.02). A cet égard, la scission de marchés importants en plusieurs lots cohérents dans le respect de la législation et sans que cela ne s'apparente à du saucissonnage prohibé, peut constituer une piste intéressante pour favoriser l'accès au marché des PME locales.

## **1.6 Effets pour les adjudicateurs**

La révision de l'AIMP se traduit par une simplification et des améliorations du cadre juridique. Des instruments éprouvés dans la pratique, par exemple le recours aux marchés *in-house* (art. 10, al. 3, let. c AIMP 2019) ou aux accords-cadres (art. 25 AIMP 2019) ont été ancrés dans l'AIMP 2019. Il en résulte une réglementation plus complète et plus précise. De nouveaux instruments tels que les enchères électroniques (art. 23 AIMP 2019) ou le dialogue (art. 24 AIMP 2019) sont en outre disponibles pour les adjudicateurs et les soumissionnaires. Il en résulte une plus grande flexibilité et l'encouragement du recours à une technologie moderne de l'information. Des sanctions ont par ailleurs été introduites afin de poursuivre les soumissionnaires et les sous-traitants qui ne respectent pas, notamment, les conditions de travail applicables, les dispositions relatives à la protection des travailleurs, l'égalité salariale, les obligations découlant de la loi fédérale sur le travail au noir (LTN ; RS 822.41) et la protection de l'environnement. Les dispositions des art. 44 et 45 AIMP 2019 prévoient ainsi la possibilité d'infliger des amendes ou de prononcer des exclusions des marchés publics futurs pouvant s'étendre sur une période de cinq ans au maximum. Dans les cas mineurs, un avertissement peut être prononcé. Pour finir, la valeur seuil pour les fournitures dans les procédures de gré à gré a été relevée de CHF 100'000.- à CHF 150'000.-. Cette nouveauté a l'avantage d'accorder aux adjudicateurs une plus grande marge de manœuvre pour l'adjudication de petits marchés de fournitures. Par ailleurs, cette valeur seuil est à présent alignée sur les valeurs seuils des procédures de gré à gré des marchés de services et de construction du second œuvre. Une harmonisation avec les valeurs seuils de la Confédération dans le domaine des marchés de gré à gré est ainsi réalisée.

## **1.7 Message type de l'AIMP 2019**

Le Message type de l'AIMP 2019 est annexé au présent exposé des motifs (cf. point 6 Annexes).

## **2. EXPOSE DES MOTIFS ET PROJET DE LOI SUR LES MARCHES PUBLICS (LMP-VD)**

### **2.1 Introduction**

L'adhésion à l'AIMP 2019 implique pour le canton de Vaud une refonte de sa législation en matière de marchés publics, soit une révision totale de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD ; BLV 726.01) et de son règlement d'application du 7 juillet 2004 (RLMP-VD ; BLV 726.01.1). Plus complet et plus précis, l'AIMP 2019 optimise le régime légal actuel et le rend plus transparent. Il clarifie certaines notions au moyen de définitions légales, compile la jurisprudence et offre en définitive un corps de règles commun souhaité de longue date pour régir la passation des marchés publics au niveau des cantons et, à de rares exceptions près, de la Confédération. Cette harmonisation permettra aux soumissionnaires de standardiser davantage leurs processus de présentation des offres et contribuera ainsi à réduire leur charge de travail administrative.

En contrepartie de l'accès à ce nouveau corps de règles, le canton de Vaud, à l'instar des autres cantons, accepte de renoncer à son autonomie législative dans une large mesure, sous réserve de la compétence résiduelle instaurée par l'art. 63, al. 4 AIMP 2019 pour édicter des dispositions d'exécution dans des domaines particuliers restreints.

Pour le canton de Vaud, l'adhésion à l'AIMP 2019 s'inscrit dans la continuité du régime légal actuel. Pouvoirs adjudicateurs, soumissionnaires et mandataires conserveront ainsi leurs automatismes dans une certaine mesure. Cette adhésion impose la transposition et la concrétisation de certaines dispositions au niveau cantonal. Il convient ainsi, à titre d'exemple, de désigner les différentes autorités compétentes, notamment l'autorité compétente pour prononcer des sanctions au sens de l'art. 45 AIMP 2019 ; mais aussi de préciser si l'existence de voies de recours (art. 52, al. 1 AIMP 2019) pour les marchés de faible importance est fonction d'une valeur seuil ou d'un type de procédure en particulier ou encore de préciser les règles à appliquer en procédure sur invitation.

En matière d'assujettissement, le canton de Vaud propose de suivre la position finalement adoptée à l'art. 10, al. 1, let. g AIMP 2019 par la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP) d'exempter des marchés publics les institutions de prévoyance de droit public des cantons et des communes. Il propose également que les marchés passés avec des organismes d'insertion socioprofessionnelles – et non par – soient soustraits au champ d'application des marchés publics en application de l'art. 10, al. 1, let. e AIMP 2010. Enfin, l'exemption de la Banque Cantonale Vaudoise, qui figurait jusqu'alors dans le règlement cantonal (cf. art. 1 RLMP-VD), est inscrite dans la loi.

Le canton de Vaud souhaite également saisir l'opportunité que représente cette adhésion pour introduire, en sus des sanctions et mesures déjà prévues par l'AIMP 2019, de nouvelles mesures pour lutter contre les dérives de la sous-traitance (travail au noir, violation des conditions de travail et de salaire) en interdisant, par principe, le recours à la sous-traitance. Cette interdiction déjà présente dans d'autres législations cantonales est toutefois assortie d'exceptions. Outre cette interdiction, l'obligation faite à l'adjudicateur d'insérer une peine conventionnelle dans le contrat conclu avec le soumissionnaire retenu afin d'assurer tout au long de la phase d'exécution du marché le respect des exigences de l'art. 12 AIMP 2019 (par exemple le respect des conditions de travail applicables, l'interdiction du recours au travail au noir ou encore l'égalité salariale) déjà prévue dans le droit actuel, est introduite dans la loi (cf. art. 7 P-LMP-VD).

Enfin, il y a lieu de relever que l'harmonisation des législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics ne s'achève pas avec la révision parallèle du droit des marchés publics, mais requiert une étroite collaboration et coordination dans les questions d'exécution, tant entre les cantons, qu'entre les cantons et la Confédération. Lors de l'assemblée plénière extraordinaire de l'AiMp du 15 novembre 2019, le conseiller fédéral Ueli Maurer et les représentants des gouvernements cantonaux ont soutenu le principe d'une mise en œuvre harmonisée du nouveau droit. Cette harmonisation des marchés publics dans le cadre de l'exécution est bénéfique à l'ensemble des acteurs des marchés publics.

### **2.2 Consultation**

Les avant-projets de décret portant adhésion du Canton de Vaud à l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics et de loi sur les marchés publics ont été mis en consultation publique du 2 décembre 2020 au 28 février 2021. Ils étaient également accompagnés du projet de règlement d'application de la loi.

La consultation a suscité une vingtaine de réponses de la part des milieux intéressés (formations politiques, associations de communes et communes, associations professionnelles et autres entités).

Le nouvel Accord intercantonal (AIMP 2019) et l'adhésion du canton à ce dernier sont très largement plébiscités par les participants à la consultation. Selon bon nombre des avis émis, le nouvel Accord intercantonal pose les jalons d'une nouvelle culture d'adjudication, laquelle accorde davantage de poids à la qualité et à la durabilité qu'à des considérations de prix à court terme. Les participants saluent aussi le fait que le nouvel accord vise à harmoniser les lois applicables entre la Confédération et les cantons et entre les cantons eux-mêmes, harmonisation qui profitera pleinement aux PME. La place accordée par l'accord au développement durable, notamment aux aspects environnementaux est, quant à elle, favorablement accueillie. Les avantages suivants sont principalement évoqués en lien avec une adhésion à l'AIMP 2019 : simplification du cadre légal, recours aux technologies modernes, dialogue entre adjudicateurs et soumissionnaires, standardisation du processus de présentation des offres, renforcement des critères qualitatifs et utilisation des critères sociaux, lutte contre les dérives de la sous-traitance et le travail au noir, rehaussement du seuil de gré à gré pour les marchés de fournitures. Il est également relevé qu'en adhérant à l'AIMP 2019, les cantons renoncent à une partie de leur autonomie législative bien qu'ils conservent la possibilité d'édicter des dispositions d'exécution de l'AIMP 2019. Enfin, certains participants relèvent qu'une non-adhésion à l'AIMP 2019 compromettrait et compliquerait les relations avec les prestataires d'autres cantons, voire d'autres pays. L'avant-projet de décret d'adhésion n'a fait l'objet d'aucune remarque.

Le projet de loi cantonale est quant à lui également largement soutenu moyennant plusieurs propositions de compléments ou d'adaptations qui ont, dans la majorité des cas, été suivies et intégrées au projet. Il sera fait état, ci-après, des principaux points mis en avant lors de la consultation :

#### ***Développement durable :***

Plusieurs participants (Les Vert.e.s, les Libéraux-Radicaux Vaud [PLR Vaud], l'Union des Communes Vaudoises [UCV], la Fédération Vaudoise des Entrepreneurs [FVE], Construction Vaud, Technique Vaudoise du Bâtiment [TVB]) se réjouissent de la place donnée par le nouvel AIMP 2019 aux questions environnementales et saluent les nombreuses références au développement durable dans le texte de l'AIMP 2019. Ils regrettent toutefois que la prise en considération du développement durable ne soit pas davantage soulignée et concrétisée dans le projet de loi. Pour donner suite à ces remarques, un nouvel article (art. 9 AIMP 2019) consacré au développement durable a été inséré dans le projet de loi de manière à favoriser la prise en compte de la durabilité dans les acquisitions publiques et à compléter les dispositions de l'AIMP 2019 consacrées au développement durable (par. ex. art. 29, al. 1 et 12, al. 4 AIMP 2019).

#### ***Sous-traitance :***

Plusieurs participants (Les Vert.e.s, le syndicat Unia, l'Association des Communes Vaudoises [AdCV], la Ville de Lausanne) soutiennent l'interdiction de la sous sous-traitance, cela dans un souci de lutte contre la sous-enchère salariale et sociale. La Fédération patronale vaudoise est opposée à cette interdiction « de principe » tout en étant consciente des problèmes que la sous sous-traitance peut poser. Le Tribunal cantonal se demande, pour sa part, si l'interdiction du recours à la sous sous-traitance reste dans le cadre des dispositions d'exécution réservées par l'art. 63 al. 4 AIMP 2019. La FVE, le PLR Vaud, Construction Vaud et TVB estiment contre-productif d'introduire une interdiction de principe de la sous sous-traitance, principalement en raison du fait que les exceptions autorisant le recours à un deuxième niveau de sous-traitance sont limitées à des considérations d'ordre technique ou organisationnel. L'interdiction du recours à la sous sous-traitance, en tant qu'elle vise à endiguer les chaînes de sous-traitance et les différents problèmes qu'elles posent en pratique (atteinte aux aspects sociaux, travail au noir, concurrence déloyale, etc.), s'inscrit bien dans une concrétisation de l'art. 12 AIMP 2019 dont l'application est réservée par l'art. 63, al. 4 AIMP 2019. Elle est, au demeurant, tempérée par certaines exceptions. Tenant compte de ces différentes remarques, l'article relatif à la sous-traitance (cf. art. 5 P-LMP-VD) a été adapté de manière à rendre possible le recours à la sous sous-traitance pour des raisons autres que techniques ou organisationnelles.

#### ***Condition de travail applicables au lieu d'exécution:***

Plusieurs participants (PLR Vaud, FVE, Construction Vaud, TVB, l'Union Patronale des Ingénieurs et Architectes Vaudois [UPIAV], la Société suisse des ingénieurs et des architectes - section Vaud [SIA Vaud], la Fédération patronale vaudoise, l'AdCV) saluent la teneur de l'art. 8 AIMP 2019 qui définit les circonstances dans lesquelles le principe du lieu d'exécution est susceptible de trouver application en droit vaudois. Pour ces participants, cette disposition est essentielle dans la mesure où elle consacre le principe de l'application des conditions de travail au lieu d'exécution là où une CCT de force étendue existe. A défaut d'une telle règle, ces organismes estiment que la pérennité des CCT cantonales étendues serait compromise. Le PLR Vaud, la FVE, Construction Vaud et TVB sont toutefois de l'avis que le projet devrait s'étendre aux conditions minimales de salaire et de travail fixes par des conventions collectives non étendues, par des contrats-type de travail ou par des usages professionnels reconnus. Une telle proposition ne peut toutefois être suivie dans la mesure où elle contreviendrait à la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI).

### ***Location de personnel :***

De l'avis du syndicat Unia, le projet devrait prévoir des améliorations concernant l'encadrement de la location de services et le contrôle renforcé du respect des conditions de travail. L'engagement de travailleurs temporaires dans le cadre de l'exécution de marchés publics est devenu une pratique courante et nécessiterait d'être soumis à une obligation d'annonce au pouvoir adjudicateur. Un nouvel article (art. 6 P-LMP-VD) a été inséré dans le projet de loi afin de soumettre le recours à des travailleurs temporaires dans l'exécution des marchés à une obligation d'annonce et de contrôle.

### ***Reprise des critères d'adjudication fédéraux***

Certains participants (Association Swisscleantech et Fédération patronale vaudoise) réclament la reprise des critères d'adjudication fédéraux « fiabilité du prix » et « différents niveaux de prix pratiqués dans le pays où la prestation est fournie » dans le projet de loi. L'Union Démocratique du Centre Vaud (UDC Vaud) constate, pour sa part, avec regret, que le critère d'adjudication des « différents niveaux de prix » n'a pas seulement été écarté du projet d'AIMP 2019 mais qu'il a même été expressément rejeté, ce qui implique qu'un canton signataire ne pourra pas compléter ses dispositions d'exécution avec une remarque relative aux différents niveaux de prix étrangers.

Les propositions d'introduire ces deux critères d'adjudication fédéraux dans le projet de loi n'ont pas été suivies en raison de l'absence de marge de manœuvre législative du canton à cet égard. Lors de l'adoption de l'AIMP 2019, les cantons se sont formellement prononcés contre l'introduction du critère dit de la « fiabilité du prix » à l'art. 29, al. 1 AIMP 2019, un critère de la « plausibilité de l'offre » étant déjà prévu dans cette disposition et admis par le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence. Il ressort au demeurant d'un avis de droit établi à l'attention de la Conférence des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP) par le Professeur Trüeb (Professeur qui a dirigé les travaux de révision du nouveau droit LMP fédérale/AIMP révisé) que les cantons ne disposent pas d'une compétence législative résiduelle en cas d'adhésion à l'AIMP 2019 pour compléter la liste des critères d'adjudication énoncés à l'art. 29, al. 1 AIMP 2019 dans leur droit cantonal (l'avis de droit du 11 mars 2020 est disponible sur le site internet de la DTAP). S'agissant du critère des différents niveaux de prix pratiqués, le rapport explicatif de l'AIMP 2019 rappelle que ce critère n'a pas été introduit dans l'accord intercantonal en raison des difficultés liées à la mise en œuvre d'un tel critère. L'avis de droit du Professeur Trüeb précité détaille ces difficultés. D'une part, il faudrait déterminer, dans chaque cas particulier, les différents niveaux de prix pour les marchés publics (et pas seulement en fonction des fournitures, services et travaux de construction). D'autre part, il n'existe pas de paramètres praticables et justiciables, quant à la manière de procéder concrètement à une correction du prix. L'absence de comparaison du pouvoir d'achat spécifique aux secteurs ou aux branches (certains produits et services sont plus chers en Suisse qu'à l'étranger, certains sont aussi plus avantageux), l'absence de critères pour délimiter les offres suisses et étrangères (suffit-il qu'une offre émane d'une entreprise sise en Suisse pour être qualifiée d'offre suisse ?) et l'absence de méthode pour prendre en compte les différences de niveaux de prix sont autant d'écueils à surmonter pour appliquer valablement un tel critère.

Il convient enfin de relever que l'Union suisse des sociétés d'ingénieurs-conseils (USIC) est également opposée à la reprise, par les cantons, du critère des différents niveaux de prix pratiqués dans leur législation (Laurens Abu-Talib, La sauvegarde régionale à tout prix ?, article du 21 mai 2020 disponible sur le site internet de l'USIC).

### ***Peines conventionnelles :***

Plusieurs participants (UCV, Ville de Lausanne, syndicat Unia, PLR Vaud, FVE, ConstructionVaud, TVB) saluent le renforcement des mesures contre les atteintes aux aspects sociaux (travail au noir, respect des conditions de travail, etc.). Certains participants (PLR Vaud, FVE, ConstructionVaud, TVB) réclament cependant la possibilité pour l'adjudicateur d'exiger des garanties afin de faciliter le recouvrement du montant dû en cas d'activation de la peine conventionnelle stipulée dans le contrat. Cette proposition a été intégrée au projet (cf. art. 7, al. 2 P-LMP-VD).

### ***Incompatibilité :***

Plusieurs participants (PLR Vaud, FVE, Constructionvaud, TVB, AdCV) saluent la suppression de l'interdiction faite aux membres des autorités adjudicatrices de soumissionner dans les marchés organisés par ces autorités actuellement contenue à l'art. 7, al. 1 RLMP-VD. A l'avenir, un municipal exploitant une activité commerciale ou industrielle pourra donc participer à un marché organisé par sa commune moyennant le respect des règles applicables en matière de récusation (cf. art. 13 AIMP 2019).

### ***Procédure sur invitation :***

Certains participants (UCV, les Vert.e.s) contestent le maintien de l'exigence selon laquelle l'adjudicateur doit au moins inviter au marché une entreprise dont le siège ou l'établissement se situe en dehors de la commune du lieu d'exécution des prestations. Bien qu'ils admettent la finalité de cette disposition, soit la garantie d'une concurrence saine et efficace, ils estiment que cette règle se trouve vidée de sa substance lorsque la situation économique de la collectivité publique assure une concurrence efficace sans qu'elle ait besoin de faire appel à une entreprise externe. Les Vert.e.s soutiennent également la suppression de cette disposition la jugeant discutable pour les grandes communes puisqu'elle n'a alors pas la même signification et pourrait constituer une entrave trop importante. L'UDC est, pour sa part, d'avis que les procédures sur invitation doivent être utilisées de manière à favoriser les soumissionnaires suisses. Tenant compte de ces différentes remarques et afin de favoriser, conformément au cadre légal supérieur, les circuits locaux dans l'intérêt de l'économie et de l'environnement, le Conseil d'Etat a décidé de supprimer l'exigence consistant à inviter au moins un soumissionnaire extérieur à la commune du lieu d'exécution des prestations dans les procédures sur invitation.

### ***Mesures en faveur du tissu économique local :***

L'UDC est d'avis que la révision, qui découle directement de l'accord révisé de l'OMC sur les marchés publics, se base sur des principes bénéfiques tels que le renforcement de la concurrence et l'assouplissement de la procédure. Ces éléments sont globalement positifs et acceptés par ce parti. L'UDC considère toutefois que la révision ne contient pas de mesures cohérentes en faveur du tissu économique local. La Fédération patronale vaudoise, sur la base des remarques reçues de différentes branches professionnelles, estime au contraire que la révision du droit des marchés publics et l'harmonisation qui l'accompagne dans toute la Suisse sont une chance pour les PME de notre pays, essentiellement dans les domaines du commerce et de l'industrie.

S'agissant des mesures cohérentes en faveur du tissu économique local, le rehaussement des seuils pour les marchés de fournitures de 100'000 francs à 150'000 francs en procédure de gré à gré, la suppression de l'interdiction faite aux municipaux de soumissionner dans les marchés organisés par leur commune, de même que la suppression de l'exigence consistant à inviter une entreprise extérieure à la commune du lieu d'exécution dans les procédures sur invitation en constituent des exemples concrets. S'ajoutent à ces exemples les nouvelles orientations de la révision, par exemple la concurrence axée sur la qualité, la prise en compte du développement durable de même que la capacité d'innovation des entreprises qui permettent aux PME suisses de mettre en avant leurs atouts dans le cadre des marchés publics. L'harmonisation des législations fédérale et cantonales permet également aux soumissionnaires, en particulier aux PME, de voir clair dans les bases légales des marchés publics.

L'UDC souligne également que les marchés importants doivent, dans la mesure du possible, être scindés en plusieurs lots afin de favoriser les PME locales. Le Conseil d'Etat partage cet avis. Le passage suivant a été inséré dans l'EMPL (cf. page 9 ci-avant) afin de sensibiliser les adjudicateurs sur ce point : *« Les pouvoirs adjudicateurs veilleront, dans la mesure du possible, à tenir compte de façon appropriée, dans la configuration de leurs marchés, des besoins et de la capacité de ces PME dans le respect des principes généraux du droit international et du droit constitutionnel suisse ainsi que de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI ; RS 943.02). A cet égard, la scission de marchés importants en plusieurs lots cohérents dans le respect de la législation et sans que cela ne s'apparente à du saucissonnage prohibé, peut constituer une piste intéressante pour favoriser l'accès au marché des PME locales ».*

### ***Règles de procédure :***

Le Tribunal cantonal a notamment proposé plusieurs modifications d'ordre procédural relatives aux art. 52 et 58, al. 3 AIMP 2019. Ces propositions ont été intégrées au projet.



## 2.3 Commentaire article par article de la loi sur les marchés publics (LMP-VD)

### Chapitre I Champ d'application

#### Art. 1 Objet

Cet article définit l'objet de la loi. Il s'inscrit dans la logique de l'adhésion du canton de Vaud à l'AIMP 2019 par voie de décret.

L'al. 2 réserve l'application des dispositions des accords internationaux auxquels la Confédération a adhéré, soit principalement l'Accord révisé du 15 avril 1994 sur les marchés publics (RS 0.632.231.422) et l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (RS 0.172.052.68). Il réserve également l'application du droit fédéral, en particulier celle de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI ; RS 943.02).

#### Art. 2 Entité non assujettie

L'art. 2 correspond à l'article premier de l'actuel règlement d'application du 7 juillet 2004 de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (RLMP-VD). Il maintient une exemption des marchés publics en faveur de la Banque Cantonale Vaudoise en vertu des art. 63, al. 4 et 10 AIMP 2019. Une telle exemption des marchés publics en faveur des banques cantonales existe également dans d'autres législations cantonales (par exemple : FR, LU, NE, VS, TI, UR), ce qui se justifie dès lors que ces établissements exercent une activité commerciale soumise à un régime de libre concurrence. L'assujettissement subjectif au droit des marchés publics est une question centrale de la législation, raison pour laquelle l'exemption de la Banque Cantonale Vaudoise doit être prévue dans la loi plutôt que dans le règlement d'application.

### Chapitre II Dispositions particulières

#### Art. 3 Procédure sur invitation (art. 20 AIMP)

La procédure sur invitation est caractérisée au premier plan par la grande liberté laissée à l'adjudicateur de pouvoir inviter les soumissionnaires de son choix à participer à la procédure. Cette liberté est toutefois assortie d'un certain nombre de cautions destinées à assurer le respect des principes fondamentaux des marchés publics.

L'AIMP révisé ne définit pas avec précision les règles applicables à la procédure sur invitation, l'art. 20, al. 2 AIMP se contentant d'énoncer qu'en pareille procédure l'adjudicateur invite, si possible au moins trois soumissionnaires de son choix à présenter une offre, sans lancer d'appel d'offres public et que des documents d'appel d'offres doivent être établis. Le commentaire de l'art. 20, al. 1 AIMP 2019 contenu dans le Message type du 15 novembre 2019 apporte toutefois une précision supplémentaire en indiquant que : « *De manière générale, les règles de la procédure ouverte sont applicables par analogie à la procédure sur invitation, à l'exception des règles en matière de publication* ». A quelques détails près, cette précision existe déjà en droit vaudois à l'art. 9 RLMP-VD aux termes duquel « *Les règles régissant les procédures ouvertes et sélectives sont applicables par analogie à la procédure sur invitation à l'exception des articles 13, 20 et 39 du présent règlement qui se rapportent aux délais et publications* ». L'al. 1 de l'art. 3 a pour objectif de clarifier les règles applicables à la procédure sur invitation. Ces règles sont ainsi les mêmes que celles qui s'appliquent à la procédure ouverte, à l'exception des règles relatives à la publication des décisions. En effet, l'AIMP révisé ayant uniformisé les règles applicables en matière de délais pour les marchés non soumis aux accords internationaux, les délais de remise des offres sont désormais identiques dans les procédures ouvertes non soumises aux accords internationaux et dans les procédures sur invitation (cf. art. 46, al. 4 AIMP 2019). Dans une procédure sur invitation, après avoir pris soin de définir ses besoins, l'adjudicateur adresse une lettre d'invitation à soumissionner aux différentes entités de son choix. Cette invitation ne fait pas l'objet d'une publication de sorte que l'adjudicateur choisit directement les futurs soumissionnaires au marché. L'invitation à soumissionner contient, généralement en annexe, des documents d'appel d'offres qui vont énoncer les exigences du marché, les critères d'évaluation et leur pondération respective, la méthode de notation appliquée à l'évaluation du critère prix, les modalités relatives au traitement des éventuelles questions, le lieu, la date et les autres exigences afférentes à la remise des offres, les règles applicables en matière de sous-traitance et de variantes d'exécution, etc. Sur le contenu des documents d'appel d'offres, il peut être renvoyé à l'art. 36 AIMP 2019 ainsi qu'à l'art. 35 AIMP 2019. En effet, l'art. 35 contient des indications relatives au contenu de l'appel d'offres que l'on doit logiquement retrouver dans les documents de soumission d'une procédure sur invitation. Il en va ainsi des indications figurant à l'art. 35, let. a-g, i, k, l-n, p-s, u et v. Cette invitation est adressée à l'ensemble des soumissionnaires au même moment pour leur assurer un délai de préparation et de remise des offres identiques et garantir ainsi le respect de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires. Comme la procédure sur invitation ne fait pas l'objet d'une publication sur



la plateforme simap.ch, l'adjudicateur ne peut utiliser les fonctionnalités de cette plateforme pour réceptionner les éventuelles questions des soumissionnaires et y répondre en publiant simultanément les réponses.

Pour cette raison, le traitement des questions-réponses en procédure sur invitation fait l'objet d'échanges écrits entre les soumissionnaires et l'adjudicateur. Une fois réceptionnées l'ensemble des questions des soumissionnaires, l'adjudicateur les traite et adresse à l'ensemble des participants à la procédure, y compris à ceux qui n'auraient pas posé de questions, un tableau énonçant les différentes questions posées sous forme anonymisée et les réponses de l'adjudicateur. Enfin, il convient de rappeler que les négociations entre l'adjudicateur et les soumissionnaires ne sont pas autorisées en procédure sur invitation et que les décisions prises par l'adjudicateur dans une telle procédure au sens de l'art. 53, al. 1 AIMP 2019 sont sujettes à recours dans un délai de 20 jours.

#### **Art. 4 Voies de droit et procédure (52 et 58 AIMP)**

##### ***Al. 1 :***

L'AIMP 2019, à son art. 52, al. 1, prévoit que les décisions de l'adjudicateur doivent pouvoir faire l'objet d'un recours lorsque la valeur du marché atteint « à tout le moins » le seuil déterminant pour la procédure sur invitation. Le système instauré par le droit intercantonal fait ainsi dépendre l'existence d'une voie de recours contre les décisions de l'adjudicateur de l'atteinte d'une valeur seuil (autrement dit, d'un montant) et non du type de procédure suivi. En revanche, ni cette disposition ni son commentaire ne précisent expressément ce qu'il advient de la voie de recours dans le cadre d'une procédure ouverte, sélective ou d'une procédure sur invitation organisée pour un montant inférieur au seuil de la procédure sur invitation.

Il ressort du Message type de l'AIMP 2019 que les cantons restent libres de mettre en œuvre dans leur législation un système dans lequel la possibilité de recourir n'est pas liée à une valeur seuil, mais est rattachée au type de procédure appliqué. A cet égard, l'unique exigence posée par le droit intercantonal est, comme exposé ci-dessus, qu'une voie de recours soit au minimum prévue dès que la valeur du marché dépasse le seuil de la procédure sur invitation.

Aussi, le canton de Vaud souhaite faire usage de la marge de manœuvre que lui confère l'AIMP 2019 et faire dépendre l'ouverture des voies de recours non pas de la valeur du marché (rapportée à une valeur-seuil) mais bien du type de procédure suivi. Ce choix doit donc être ancré dans la nouvelle loi sur les marchés publics, en prescrivant qu'une voie de recours est ouverte contre les décisions rendues dans le cadre d'une procédure sur invitation et d'une procédure ouverte ou sélective, ainsi que dans une procédure de gré à gré « exceptionnel » (art. 21, al. 2 AIMP 2019) mais pas dans une procédure de gré à gré « ordinaire » (art. 21, al. 1 AIMP 2019), sans égard à la valeur du marché. Au sens de l'art. 53, al. 1 AIMP 2019, sont seules sujettes à recours les décisions suivantes : l'appel d'offres, la décision concernant le choix des participants à la procédure sélective, la décision d'inscrire un soumissionnaire sur une liste ou de l'en radier, la décision concernant les demandes de récusation, l'adjudication, la révocation de l'adjudication, l'interruption de la procédure, l'exclusion de la procédure et le prononcé d'une sanction.

A noter également que la question de savoir si l'adjudication en procédure de gré à gré « ordinaire » est ou non sujette à recours est débattue en droit vaudois. La révision de ce dernier est dès lors l'occasion de clarifier ce point, en fermant toute voie de droit contre une décision d'adjudication rendue à l'issue d'une procédure de gré à gré « ordinaire », pour autant que cette dernière ait été valablement appliquée dans un cas donné (respect des valeurs seuils du gré à gré). C'est d'ailleurs le système qui prévaut actuellement dans les législations valaisanne (cf. art. 12, al. 2 LcAIMP) et neuchâteloise (cf. art. 42, al. 2, let. e LCMP et RJN 2013 p. 464 consid. 1). Les considérations qui précèdent s'appliquent également à la modalité du gré à gré visée à l'art. 20, al. 1, *dernière phrase* AIMP, à savoir le gré à gré dit « comparatif », parfois également appelé « gré à gré concurrentiel ». Un soumissionnaire qui ne se verrait pas attribuer le marché dans le cadre d'un gré à gré comparatif ne peut ainsi pas recourir contre la décision d'adjudication faute de voies de recours. Demeure naturellement réservée la situation dans laquelle il apparaît que la procédure suivie constitue en réalité une procédure sur invitation. Dans ce dernier cas en effet, une voie de recours serait ouverte contre la décision d'adjudication en application de l'art. 4, al. 1, let. c P-LMP-VD

En définitive, le régime instauré par l'AIMP 2019 en matière de voies de recours diffère peu de celui prévu par le droit en vigueur, à une exception notable près : le délai de recours passe de dix à vingt jours afin d'harmoniser sur ce point le droit fédéral et intercantonal. Le recours (de droit administratif) doit être interjeté auprès du Tribunal cantonal (Cour de droit administratif et public) dans les vingt jours à compter de la notification de la décision (art. 56, al. 1 AIMP 2019). Les fêtes judiciaires ne s'appliquent pas (art. 56, al. 2 AIMP 2019) conformément aux exigences du droit en vigueur (cf. art. 15, al. 2bis AIMP 1994/2001). Les dispositions de la

loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD ; BLV 173.36) sont applicables pour le surplus conformément à l'art. 55 AIMP 2019.

**Al. 2 :**

L'al. 2 précise la portée de l'art. 52 AIMP 2019 en rapport avec la notion d'instance unique. L'instauration par l'art. 52, al. 1 AIMP 2019 d'une instance cantonale unique en matière de recours permet d'accélérer le traitement des procédures de recours en matière de marchés publics. En droit vaudois, l'art. 94, al. 2 LPA-VD prévoit que les décisions du magistrat instructeur sur l'effet suspensif et sur les mesures provisionnelles peuvent faire l'objet d'un recours à la Cour dans un délai de 10 jours (recours dit incident). Selon le règlement du 13 novembre 2007 organique du Tribunal cantonal (ROTC ; BLV 173.31.1), ce sont trois juges de la Cour de droit administratif et public qui traitent ce recours incident (cf. art. 33, al. 1, let. a ROTC). La dérogation prévue à l'art. 94 al. 2 LPA-VD a été intégrée au P-LMP-VD dans un esprit de respect du principe de célérité induit par l'exigence d'une instance cantonale unique (dans le même sens, Cléa Bouchat, qui indique que le recours incident prévu à l'art. 94, al. 2 LPA-VD n'est pas compatible avec l'exigence d'une instance unique telle qu'elle existe par exemple en matière d'assurances sociales [cf. art. 57 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales], CLEA BOUCHAT, L'effet suspensif en procédure administrative, Bâle 2015, p. 211, n. 570). Dès lors, afin de dissiper tout doute quant à la relation entre l'art. 52 AIMP 2019 et l'art. 94, al. 2 LPA-VD, il est précisé au présent al. 2 qu'en dérogation à l'art. 94, al. 2 LPA-VD, la décision du magistrat instructeur sur l'effet suspensif et les mesures provisionnelles ne peut pas faire l'objet d'un recours. Cette disposition empêche ainsi tout recours interne au Tribunal cantonal qui pourrait se révéler incompatible avec les exigences d'une instance cantonale unique énoncée à l'art. 52 AIMP 2019. Un recours au Tribunal fédéral contre la décision du juge instructeur sur l'effet suspensif et les mesures provisionnelles demeure possible à certaines conditions restrictives.

**Al. 3 :**

L'art. 58, al. 3 AIMP 2019 prévoit que l'autorité de recours statue sur la demande en dommages-intérêts en même temps qu'elle procède à la constatation de l'illicéité de la décision, cela afin d'éviter les coûts de transaction inutiles et les redondances (cf. Message type de l'AIMP 2019, p. 100). Le Tribunal cantonal est ainsi compétent pour traiter les demandes en dommages-intérêts déposées dans le cadre de la procédure de recours. L'al. 3 vient ici concrétiser l'art. 58, al. 3 AIMP 2019 en précisant que les demandes visant à l'octroi de dommages-intérêts sont soumises à la procédure de l'action de droit administratif prévue par la LPA-VD. S'agissant du délai dans lequel la demande en dommages-intérêts devra être déposée, il ne peut pas être exigé du recourant qu'il formule sa demande dans le délai de recours contre la décision de l'adjudicateur (dans ce sens, Micha Bühler, commentaire de l'article 58 LMP in : Hans-Rudolf Trüb [éd.], Kommentar zu BöB und IVöB, 2020, Art. 58 N 32). Au contraire, le recourant doit avoir la possibilité déposer sa demande dans le cadre de la procédure de recours. Il appartiendra au juge d'accorder un délai au recourant à cette fin en cours de procédure, par exemple lorsque le juge est informé de la conclusion du contrat intervenue entre l'adjudicateur et le soumissionnaire retenu conformément à l'art. 42, al. 2 AIMP 2019.

S'agissant des conditions de la demande en dommages-intérêts, elles suivent les règles générales de la responsabilité de l'Etat : Un dommage, un acte illicite (en l'occurrence, une décision illicite) et un lien de causalité naturel et adéquat entre l'acte illicite et le dommage (Léonard Bruchez, La responsabilité de l'Etat en droit des marchés publics, Revue valaisanne de jurisprudence [RVJ], 2016, p. 455-474, p. 459 ss ; Micha Bühler, commentaire de l'article 58 LMP in : Hans-Rudolf Trüb [éd.], Kommentar zu BöB und IVöB, 2020, Art. 58 N 34 ss ; Etienne Poltier, Droit des marchés publics, Berne 2014, N 510 ss).

**Art. 5 Sous-traitants (art. 12 AIMP)**

Le nouvel AIMP contient plusieurs règles applicables en matière de sous-traitance et se veut plus incisif avec cette thématique que ne l'a été par le passé l'AIMP 1994/2001 ou ses Directives d'exécution (DEMP). Le régime instauré par les art. 44 et 45 AIMP 2019 est particulièrement parlant à cet égard puisque ces deux dispositions permettent, dans le premier cas, de répercuter sur un soumissionnaire un motif d'exclusion ou de révocation imputable à l'un de ses sous-traitants et, dans le second cas, de sanctionner directement un sous-traitant. Cette innovation importante amenée par la révision de l'AIMP avait déjà été esquissée par le passé dans la jurisprudence vaudoise. Un arrêt de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du 2 septembre 2011 précise en effet que « si le soumissionnaire persiste dans son choix de recourir à un sous-traitant non

*conforme, l'adjudicateur bénéficie d'un juste motif pour exclure le soumissionnaire (arrêt TC VD MPU.2011.5 du 2.9.2011) ».*

Cet art. 5 régleme le recours à la sous-traitance en application des art. 12, 26 et 63, al. 4 AIMP 2019. Il s'inscrit dans le prolongement des mesures déjà introduites par le passé dans la législation vaudoise pour lutter efficacement contre les dérives de la sous-traitance, soit principalement le dumping salarial et social (cf. sur ce point la modification du règlement du 7 juillet 2004 d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics du 18 décembre 2013 et son commentaire disponible sous la rubrique « bases légales » des pages « marchés publics » du site internet de l'Etat de Vaud<sup>1</sup>). Il fait ainsi corps avec la pratique des pouvoirs adjudicateurs qui s'est largement développée dans le domaine de la construction, mais pas uniquement, pour prévenir et sanctionner les atteintes aux aspects sociaux des marchés publics.

#### **Al. 1 et 2 :**

Les al. 1 et 2 reprennent les obligations d'annonce et de contrôle des sous-traitants déjà imposées aux soumissionnaires à l'actuel art. 6 RLMP-VD. Ils complètent sur ce point l'art. 12, al. 4 AIMP 2019 (qui rappelle que les sous-traitants sont également tenus de respecter les conditions de participation au marché tant durant la procédure de marché public que durant la phase subséquente d'exécution du marché), ainsi que l'art. 26 AIMP 2019. En effet, pour que l'adjudicateur puisse s'assurer que les sous-traitants remplissent les conditions de participation (cf. art. 12 AIMP 2019), qu'ils soient à jour avec le paiement de leurs impôts et cotisations sociales exigibles et qu'ils ne concluent pas d'accords illicites affectant la concurrence aux termes de l'art. 26 AIMP 2019, les soumissionnaires doivent nécessairement être soumis au préalable à l'obligation d'annoncer leurs sous-traitants, même potentiels. Le commentaire de l'art. 31, al. 1 AIMP 2019 va dans le même sens.

Cette obligation d'annonce est satisfaite, dans un premier temps, lors de la phase de remise des offres puisque c'est dans l'offre qu'il dépose que le soumissionnaire va indiquer les sous-traitants, parfois potentiels, auxquels il entend confier certaines prestations pour l'exécution du marché. En phase d'exécution du marché, cette obligation d'annonce doit être satisfaite à chaque fois que le soumissionnaire retenu entend confier des prestations à un autre sous-traitant que celui préalablement annoncé dans son offre. Un changement de sous-traitant intervenant en phase d'exécution doit demeurer l'exception et non la règle, raison pour laquelle il est soumis à l'existence de justes motifs, tels que l'indisponibilité ou la faillite du sous-traitant initialement proposé. Le nouveau sous-traitant proposé à l'adjudicateur doit, de plus, disposer des mêmes compétences et qualifications (personnelles, techniques, références) que l'ancien sous-traitant annoncé pour pouvoir être admis au marché. La preuve de l'équivalence des compétences et qualifications entre l'ancien et le nouveau sous-traitant proposé incombe au soumissionnaire retenu.

Par « objet » des prestations sous-traitées, l'on vise la nature des travaux ou des services dont l'exécution sera confiée aux sous-traitants, par exemple une entreprise de maçonnerie qui sous traite les travaux de ferrailages et d'échafaudages ou une entreprise de serrurerie qui sous-traites les travaux de peinture des garde-corps. Dans le domaine informatique, on peut citer l'exemple du fournisseur d'une solution informatique (soumissionnaire) qui sous-traites le développement de la tierce maintenance applicative (TMA) ou celui d'un soumissionnaire qui sous-traites la configuration et la gestion d'un cloud ou encore la gestion d'une base de données et le cryptage y afférent. Le fournisseur d'un logiciel (soumissionnaire) pourra également sous-traites la partie des prestations nécessaires à la réalisation d'un data center.

Par « part » des prestations sous-traitées, l'on vise l'aspect quantitatif desdites prestations, soit leur volume au regard de l'ensemble des prestations qui composent le marché.

#### **Al. 3 :**

Depuis plusieurs années, les pouvoirs adjudicateurs ont pris conscience de la nécessité de réglementer le recours à la sous-traitance dans leurs documents d'appel d'offres. Aussi, la sous-traitance n'est généralement plus autorisée pour tout type de prestations comprises dans un marché mais le plus souvent cantonnée à la réalisation de prestations spécifiques. De plus, les pouvoirs adjudicateurs prennent désormais des dispositions pour limiter voire exclure totalement la formation de chaînes de sous-traitants. Car si la sous-traitance se déroule généralement dans de bonnes conditions et constitue le plus souvent un avantage quand ce n'est pas une nécessité pour pouvoir réaliser le marché, la sous-traitance en cascade est, quant à elle, source de nombreux problèmes. La sous-traitance en cascade exerce, en premier lieu, une pression sur les prix auxquels les prestations sont effectuées. A chaque niveau de sous-traitance supplémentaire, cette pression sur les prix augmente en raison de la marge que va se ménager chaque sous-traitant. Dans les domaines régis par des conventions collectives de travail, cette pression sur les prix augmente tout spécialement les risques de non-respect des conditions de travail et des salaires minimaux du personnel occupé, en particulier pour les travailleurs se situant tout en bas de la chaîne de sous-traitance. En deuxième lieu, elle rend totalement opaque

<sup>1</sup> <https://www.vd.ch/themes/etat-droit-finances/marches-publics/bases-legales/>.

l'identité des entités qui œuvrent effectivement à la réalisation des prestations. Enfin, en troisième lieu, cette sous-traitance en cascade dilue la responsabilité et l'implication des différentes entreprises dans la réalisation des prestations requises et rend plus complexe la recherche des responsables lorsque les prestations ne sont pas réalisées ou ne le sont pas dans les délais convenus, ne respectent pas les normes applicables, présentent des défauts, etc.

Pour ces différentes raisons, l'al. 3 consacre une interdiction générale de principe du recours à la sous sous-traitance, à l'instar de ce que prévoient déjà d'autres législations cantonales à l'heure actuelle (ex. art. 35, al. 6 du Règlement (genevois) du 17 décembre 2007 sur la passation des marchés publics (RMP ; rsGE L 6 05.01) ; art. 17, al. 3 de l'Ordonnance (valaisanne) du 11 juin 2003 sur les marchés publics (OMP ; RSVS 726.100) ; art. 24, al. 2 et 3 de la Legge (tessinoise) del 20 febbraio 2001 sulle commesse pubbliche (LCPubb ; RL 730.100). Cette interdiction de la sous sous-traitance revient en définitive à n'autoriser qu'un seul niveau de sous-traitance aux soumissionnaires lorsque l'adjudicateur admet la sous-traitance pour son marché. Elle ne concerne en revanche pas les consortiums. Aussi, en lieu et place de la configuration dans laquelle un sous-traitant du soumissionnaire retenu sous-traite à son tour à un tiers, il est envisageable que le sous-traitant s'associe à ce tiers sous la forme d'un consortium.

Cette mesure ne limite pas nécessairement les soumissionnaires dans le choix de leurs sous-traitants puisqu'ils pourront, cas échéant, faire remonter d'un cran dans la chaîne de sous-traitance, les prestataires [des sous-traitants de deuxième niveau] dont ils auront besoin pour réaliser le marché. Ainsi, en lieu et place d'annoncer un sous-traitant dont le soumissionnaire sait pertinemment que celui-ci sous-traitera une partie des prestations à un sous-traitant de deuxième niveau, le soumissionnaire devra annoncer ces deux sous-traitants (le sous-traitant de premier niveau et le sous-traitant de deuxième niveau qui devient ainsi sous-traitant de premier niveau) dans son offre. Cela impliquera pour les soumissionnaires une meilleure anticipation des besoins et des moyens à mettre en place pour exécuter les marchés. En particulier, une plus grande attention devra être apportée à la sélection des prestations que les soumissionnaires entendent réaliser eux-mêmes et de celles qu'ils entendent sous-traiter.

Cette interdiction de la sous sous-traitance vise à endiguer ces fameuses chaînes de sous-traitance et les différents problèmes qu'elles posent en pratique (atteinte aux aspects sociaux, travail au noir, concurrence déloyale, etc.). Seront ainsi prohibées à l'avenir les situations dans lesquelles un sous-traitant annoncé par le soumissionnaire (1<sup>er</sup> niveau de sous-traitance) sous-traite, à son tour, tout ou partie de ces prestations à un deuxième sous-traitant (2<sup>ème</sup> niveau de sous-traitance), qui sous-traite lui aussi, tout ou partie de ces prestations, à un troisième sous-traitant (3<sup>ème</sup> niveau de sous-traitance) et ainsi de suite.

#### **Al. 4 :**

Compte tenu de la situation particulière de certains marchés, cette interdiction générale de principe du recours à la sous sous-traitance mérite cependant d'être assortie d'exceptions, exceptions dans tous les cas limitées à un deuxième niveau de sous-traitance. Ainsi, le recours à la sous sous-traitance peut se justifier pour des raisons techniques, organisationnelles ou de compétences notamment. Tel est par exemple le cas pour les marchés de travaux en entreprise générale ou totale dans lesquels un second niveau de sous-traitants se justifie principalement pour des motifs organisationnels.

Selon la jurisprudence et la doctrine, l'entreprise générale désigne, en pratique, le contrat par lequel une partie (l'entrepreneur général) s'engage à l'égard du maître à réaliser la totalité d'un ouvrage ou d'une partie d'ouvrage, sans égard à la nature des travaux à effectuer. L'entreprise totale désigne, quant à elle, le contrat dans lequel l'entrepreneur se charge non seulement de la réalisation de l'ouvrage, mais également de l'établissement des projets et des plans (cf. ATF 114 II 53 c. 2a, JdT 1988 I 360 ; arrêts du TF 4A\_99/2015 et 4A\_101/2015 du 21.7.2015 c. 4.1 ; ainsi que PIERRE TERCIER ET AL., Les contrats spéciaux, 5<sup>ème</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 486 ss).

Dans les marchés de travaux en entreprise générale ou totale, l'interdiction générale du recours à la sous sous-traitance autorisera l'adjudicateur à offrir au soumissionnaire retenu la possibilité de sous-traiter des prestations mais jusqu'à un second niveau de sous-traitance uniquement. En d'autres termes, l'entreprise générale ou totale retenue pour l'exécution du marché pourra sous-traiter des prestations à un sous-traitant (1<sup>er</sup> niveau de sous-traitance) qui pourra à son tour sous-traiter tout ou partie de ces prestations à un nouveau sous-traitant (2<sup>ème</sup> niveau de sous-traitance) mais ce dernier ne pourra pas sous-traiter à son tour tout ou partie des prestations à lui confiées. Le non-respect de cette exigence représente un motif d'exclusion du soumissionnaire et de révocation de l'adjudication préalablement prononcée.

La sous-traitance de compétence (ou de spécialité) peut également justifier le recours à un second niveau de sous-traitance.

Ces situations particulières permettant le recours à un deuxième niveau de sous-traitance doivent toutefois être interprétées restrictivement en pratique.

#### **Al. 5 :**

Le non-respect de l'annonce des sous-traitants et des prestations qui seront exécutées par voie de sous-traitance tout comme le non-respect de l'interdiction du recours à la sous-traitance ou, lorsque cette dernière est exceptionnellement autorisée en application de l'al. 4, le recours à de la sous-traitance de troisième niveau, représentent un motif d'exclusion du soumissionnaire et de révocation de l'adjudication préalablement prononcée. Ce motif d'exclusion vient s'ajouter à la liste non exhaustive des motifs d'exclusion figurant à l'art. 44 AIMP. Il découle de la marge de manœuvre résiduelle laissée aux cantons par l'art. 63, al. 4 AIMP en relation avec l'art. 12 AIMP.

S'il s'avère en sus que le sous-traitant en question n'a pas respecté les exigences de l'art. 12 AIMP, soit notamment les conditions de travail, les dispositions relatives à la protection des travailleurs, les obligations d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la loi du 17 juin 2005 sur le travail au noir (LTN ; RS 822.41), l'adjudicateur pourra activer la peine conventionnelle prévue dans le contrat conclu avec le soumissionnaire retenu (cf. art. 7 P-LMP-VD), les autres sanctions prévues par les art. 44, al. 2, let. f et g et 45 AIMP demeurant réservées.

#### **Art. 6 Location de personnel (art. 12 AIMP)**

Cet article, introduit à la suite de la consultation, en application des art. 12 et 63, al. 4 AIMP 2019, prévoit de nouvelles obligations concernant le recours à de la main d'œuvre temporaire dans l'exécution de marchés publics. Il impose ainsi aux soumissionnaires et aux sous-traitants qui souhaitent recourir à des travailleurs temporaires, l'obligation d'annoncer à l'adjudicateur – préalablement à toute exécution de prestations – les entreprises de location de services (bailleurs de services) auprès desquelles ces derniers se fourniront en travailleurs temporaires. A cette obligation d'annonce préalable à charge des soumissionnaires et de leurs sous-traitants s'ajoute une obligation de contrôle à charge de l'adjudicateur consistant pour lui à vérifier auprès de la commission professionnelle paritaire compétente que l'entreprise de location de services (bailleur de services) proposée est en règle et respecte la convention collective de travail applicable. Lorsque tel n'est pas le cas, l'adjudicateur refusera l'entreprise de location de services proposée et exigera du soumissionnaire ou du sous-traitant qu'il propose une autre entreprise de location de services qui soit en règle.

#### **Art. 7 Peines conventionnelles (art. 12 AIMP)**

##### **Al. 1 :**

Le commentaire de l'art. 12, al. 5 AIMP 2019 précise que le non-respect des exigences de l'art. 12 peut être sanctionné par des clauses appropriées dans les contrats de marchés publics, notamment par des peines conventionnelles. Le présent article reprend ainsi, en application des art. 12 et 63, al. 4 AIMP 2019, le contenu de l'actuel art. 6, al. 6 RLMP-VD relatif à la peine conventionnelle.

La peine conventionnelle est une prestation pécuniaire que le soumissionnaire retenu s'engage à payer à l'adjudicateur pour le cas où lui-même ou ses sous-traitants ne respecteraient pas les obligations énoncées à l'art. 12 AIMP 2019, soit le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs, des conditions de travail applicables, de l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes, des obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la loi du 17 juin 2005 sur le travail au noir (LTN ; RS 822.41) et des prescriptions légales relatives à la protection de l'environnement et à la préservation des ressources naturelles.

L'introduction de peines conventionnelles dans les contrats conclus entre l'adjudicateur et le soumissionnaire retenu représente une mesure dissuasive dont l'objectif premier n'est pas de permettre à l'adjudicateur d'engranger de l'argent mais bien de prévenir et d'empêcher les atteintes portées aux obligations susmentionnées. En cas de violation des obligations énoncées à l'art. 12 AIMP 2019 par le soumissionnaire ou par l'un de ses sous-traitants, l'adjudicateur peut activer la peine conventionnelle et sanctionner directement le soumissionnaire. La créance en paiement du montant de la peine conventionnelle peut alors être compensée aux conditions de l'art. 120 CO avec celle du soumissionnaire tendant à la rémunération de ses prestations.

Le non-paiement des impôts et des cotisations sociales exigibles (pour autant qu'il ne constitue pas une violation d'une CCT) de même que la conclusion d'accords illicites affectant la concurrence ne doivent pas conduire à l'application d'une peine conventionnelle. Ces violations peuvent, le cas échéant, être sanctionnées par l'adjudicateur en application de l'art. 44, al. 1, let. g et al. 2, let. b AIMP 2019, respectivement par l'autorité cantonale de surveillance en application de l'art. 45, al. 1 qui renvoie à l'art. 44, al. 2, let. b AIMP 2019.



La peine conventionnelle constitue, en outre, l'une des dix mesures énoncées par le Guide pratique pour le respect des aspects sociaux, guide élaboré sous la houlette du Groupe vaudois pour des marchés publics éthiques<sup>1</sup> qui réunit l'Etat de Vaud, l'Union et l'Association des Communes Vaudoises (UCV et AdCV), la Société suisse des Ingénieurs et des Architectes (SIA Vaud), l'Union Patronale des Ingénieurs et Architectes Vaudois (UPIAV), l'Intergroupe des Associations d'Architectes Vaud (InterAssAr), la Fédération vaudoise des entrepreneurs, le syndicat UNIA Vaud, ainsi que la faîtière des entreprises générales Développement Suisse. Un modèle de clause pénale type à disposition des pouvoirs adjudicateurs figure en libre accès sur le site internet de l'Etat de Vaud<sup>2</sup>.

A noter encore que d'autres législations prévoient également une disposition relative aux peines conventionnelles (pour un exemple, cf. art. 16 de la Legge (tessinoise) del 20 febbraio 2001 sulle commesse pubbliche (LCPubb ; RL 730.100).

#### **Al. 2 :**

Cet alinéa a été introduit à la suite de la consultation du projet de loi en réponse aux propositions émanant de certains milieux soucieux de faciliter le recouvrement des peines conventionnelles par l'adjudicateur. Les garanties que peut exiger l'adjudicateur sont similaires à celles évoquées dans certaines conventions collectives de travail qui connaissent un tel régime de garanties pour faciliter le recouvrement de peines conventionnelles (par exemple : annexe VI de la CCT romande du second œuvre ; annexe 4 de la CCT Métal-Vaud ; annexe 1 de la CCT pour les échafaudeurs).

### **Art. 8 Respect des conditions de travail (art. 12 AIMP)**

L'art. 8 précise les règles applicables aux conditions de travail en application de l'art. 12 AIMP 2019 et conformément à la compétence résiduelle conférée aux cantons par l'art. 63, al. 4 AIMP 2019. Le respect des conditions de travail applicables constitue, au même titre que le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs ou de l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes, une condition de participation au marché indispensable pour assurer le fonctionnement d'une concurrence loyale et efficace entre soumissionnaires. Le non-respect de cette exigence donne lieu à des sanctions diverses (exclusion de la procédure, révocation de l'adjudication, exclusion des marchés publics futurs, amende, peine conventionnelle, etc.).

Conformément à l'art. 3, let. d AIMP, les conditions de travail sont définies comme étant les dispositions impératives du code des obligations concernant le contrat de travail, les dispositions normatives contenues dans les conventions collectives et les contrats-types de travail ou, à défaut, les conditions de travail usuelles dans la région et dans la branche.

#### **Al. 1 :**

Cet alinéa clarifie la question de l'application des conditions de travail en vigueur au lieu d'exécution à des soumissionnaires et sous-traitants extérieurs au canton au vu des éléments présentés dans le commentaire de l'art. 12 AIMP 2019 et du régime finalement retenu par le Parlement fédéral à l'art. 12, al. 1 LMP (RS 172.056.1).

Pour rappel, dans le cadre des travaux parlementaires qui ont précédé l'adoption de la LMP révisée au niveau fédéral, l'art. 12, al. 1 LMP a été modifié dans le but d'imposer aux soumissionnaires le respect des conditions de travail applicables au lieu d'exécution de la prestation (principe du lieu d'exécution) en lieu et place de celles applicables au lieu de leur siège ou de leur établissement en Suisse (principe de provenance). Ce faisant, le Parlement fédéral a abandonné la solution harmonisée avec les cantons en faveur du principe du lieu de provenance présentée dans le cadre du projet commun Aurora (LMP révisé/AIMP révisé). En effet, en application de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI ; RS 943.02), les cantons sont, hormis dans de rares situations, tenus d'appliquer le principe du lieu de provenance à leurs marchés. Comme les parlementaires fédéraux ont renoncé à adapter la loi fédérale sur le marché intérieur sur ce point lors des débats, le principe du lieu de provenance continue de s'appliquer aux cantons.

Dans le cadre de la consultation succincte menée au cours de l'été 2019 auprès des gouvernements cantonaux et du Bureau interparlementaire de coordination (BIC) par la Conférence des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement (DTAP) à la suite de l'adoption de la LMP par le Parlement fédéral, plusieurs cantons romands (VD et FR) et le BIC ont demandé à ce que le principe du lieu d'exécution soit également retenu à l'art. 12, al. 1 AIMP.

---

<sup>1</sup> <https://marchespublics-vaud.ch>.

<sup>2</sup> <https://www.vd.ch/themes/etat-droit-finances/marches-publics/modeles-et-recommandations/>.



L'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) a alors requis une expertise de la Commission de la concurrence pour connaître, en sa qualité d'autorité d'application de la LMI, la marge de manœuvre dont disposent les cantons pour introduire le principe du lieu d'exécution à l'art. 12 AIMP 2019, respectivement dans leur droit cantonal.

Il ressort notamment des conclusions de cette expertise disponible sur le site internet de la DTAP<sup>1</sup> que : a) Les cantons ne peuvent pas introduire de principe général du lieu d'exécution au niveau des normes cantonales en raison des prescriptions de la LMI et du principe du lieu de provenance qui y figurent. En d'autres termes, les cantons ne peuvent pas prévoir à l'art. 12, al. 1 AIMP 2019 ou dans leur législation cantonale l'application des conditions de travail « au lieu d'exécution » comme dans la LMP rév. ; b) Les cantons ont en revanche la faculté de déclarer exceptionnellement applicables les prescriptions en matière de travail en vigueur au lieu d'exécution, lors de l'application du droit dans un cas particulier, selon les conditions de l'art. 2, al. 5 et de l'art. 3 LMI. Selon la COMCO, l'application des prescriptions en matière de travail en vigueur au lieu d'exécution est conforme à la LMI lorsqu'aucune prescription équivalente ne s'applique au lieu de provenance et qu'un intérêt public prépondérant (p. ex. protection contre le dumping social) justifie l'application des prescriptions du lieu d'exécution. Cela pourrait par exemple être le cas s'il existe différentes conventions collectives de travail présentant des différences significatives en ce qui concerne les niveaux de salaire.

L'al. 1 précise ainsi les circonstances particulières dans lesquelles le principe du lieu d'exécution est susceptible de trouver application. Celles-ci supposent tout d'abord l'existence d'une CCT dont le champ d'application a été étendu au canton de Vaud. Elles supposent ensuite que des prestations soient offertes par une entreprise (soumissionnaire ou sous-traitant) dont le siège ou l'établissement ne se situe pas dans le canton de Vaud mais dans un autre canton suisse dans lequel les conditions de travail en vigueur s'écarteraient à la baisse de celles fixées dans la CCT vaudoise et constituerait de la sorte du dumping. Elles supposent enfin que les prestations en cause soient exécutées dans le canton de Vaud.

L'objet de cet alinéa 1 n'est pas de définir le champ d'application des CCT mais bien de préciser les circonstances dans lesquelles le principe du lieu d'exécution pourrait trouver application dans le cadre des marchés publics vaudois. Le contrôle du respect des conditions de travail prévues par les CCT relève de la compétence des commissions professionnelles paritaires.

L'al. 1 concilie ainsi les conclusions de l'avis de droit de la COMCO repris dans le commentaire des art. 12 et 64, al. 3 AIMP 2019 avec la situation particulière du canton de Vaud, lequel compte un grand nombre de conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire sur son territoire, notamment : la CCT des bureaux d'architectes et ingénieurs vaudois, la CCT des bureaux d'ingénieurs géomètres vaudois, la CCT des paysagistes et entrepreneurs de jardins du Canton de Vaud. La liste complète des CCT étendues est disponible sur le site internet du SECO<sup>2</sup>. L'al. 1 consacre enfin une solution qui s'inscrit dans la même ligne que la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 128 II 13) concernant l'application d'une CCT déclarée de force obligatoire au niveau cantonal à des prestations fournies dans ce canton par une entreprise sise dans un autre canton.

L'art. 2 de la loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (LDét ; RS 823.20) demeure réservé en ce qui concerne les soumissionnaires et les sous-traitants dont le siège ou l'établissement se situe à l'étranger.

#### **Al. 2 :**

Cet alinéa précise le rôle des commissions professionnelles paritaires dans le cadre de leur activité de contrôle des conventions collectives de travail. Il vient compléter l'art. 12, al. 5 et 6 AIMP 2019 afin que les organes paritaires puissent spontanément informer l'adjudicateur du marché de l'ouverture d'une procédure et ne pas avoir à attendre une demande en ce sens de l'adjudicateur.

En l'état, la grande majorité des pouvoirs adjudicateurs soumettent aux différentes commissions professionnelles paritaires le nom des soumissionnaires ainsi que la liste des sous-traitants potentiels pour contrôle à la suite de l'ouverture des offres. De cette manière, les pouvoirs adjudicateurs s'assurent que les participants à la procédure respectent les conditions de travail fixées par les conventions collectives de travail.

Conformément au *modus operandi* mis en place par l'Etat avec les partenaires sociaux et accessible à tous les adjudicateurs vaudois, les procès-verbaux d'ouverture des offres et les listes de sous-traitants sont adressées pour contrôle aux Commissions professionnelles paritaires de l'Industrie vaudoise de la construction (CPP-VD) au moyen de l'adresse suivante : [marchepublic@cppvd.ch](mailto:marchepublic@cppvd.ch).

<sup>1</sup> <https://www.bpuk.ch/fr/dtap/documentation/rapports-expertises-concepts/domaine-des-marches-publics>.

<sup>2</sup> <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home.html>.

Pendant l'exécution du marché, les pouvoirs adjudicateurs renouvellent leur demande de contrôle auprès des CPP-VD en cas de changement de sous-traitant.

Cette démarche de contrôle auprès des CPP-VD est explicitée dans le Guide pratique pour le respect des aspects sociaux édité par le Groupe vaudois pour des marchés publics éthiques (cf. sur ce point le commentaire de l'art. 7) et recommandée pour prévenir les atteintes aux aspects sociaux.

Ce contrôle opéré par les CPP-VD ne doit pas être confondu avec un autre contrôle effectué par les pouvoirs adjudicateurs concernant les deux listes noires tenues par le SECO et publiées sur son site internet. En effet, le SECO publie sur son site internet la liste<sup>1</sup> des employeurs exclus des marchés publics futurs aux niveaux communal, cantonal et fédéral pour une durée déterminée à la suite de violation grave ou répétées des obligations d'annonce et d'autorisation prévues par la loi fédérale sur le travail au noir (cf. art. 13 LTN ; RS 822.41). Le SECO publie également sur son site internet la liste<sup>2</sup> des employeurs étrangers ou des indépendants étrangers qui sont privés d'offrir leurs prestations en Suisse pour une durée déterminée en application de l'art. 9 de la loi fédérale sur les travailleurs détachés (LDét ; 823.20). L'examen de ces deux listes du SECO par l'adjudicateur peut intervenir à différents moments de la procédure et est également recommandé par le Guide pratique pour le respect des aspects sociaux (cf. recommandation no 5).

#### **Al. 3 :**

Depuis quelques années déjà, l'apparition de système de contrôle par badge (carte professionnelle ou système équivalent) dans le domaine de la construction facilite le contrôle du respect des conventions collectives de travail. De plus en plus de pouvoirs adjudicateurs exigent désormais de la part du futur adjudicataire du marché qu'il soit équipé, de même que ses sous-traitants, d'un système de badges pour l'exécution du marché. Le Guide pratique pour le respect des aspects sociaux contient également une recommandation à cet égard ainsi qu'une clause type à faire figurer dans les documents d'appel d'offres (cf. recommandation no 4).

### **Art. 9 Développement durable**

L'article 9 vient concrétiser les dispositions de l'AIMP 2019 touchant au développement durable (art. 2, 12, 29 et 30 AIMP 2019). Le développement durable joue désormais un rôle important dans l'AIMP 2019 et influencera de plus en plus la définition des marchés et la conception des critères dans les appels d'offres futurs. Le premier but cité par l'Accord prévoit une acquisition économique de prestations répondant aux exigences du développement durable. L'AIMP 2019 englobe les trois dimensions du développement durable en prévoyant une utilisation économiquement, socialement et écologiquement responsable des deniers publics (cf. art. 2, let. a AIMP 2019).

#### **Al. 1 :**

L'AIMP 2019 accorde une plus grande marge de manœuvre aux adjudicateurs dans la prise en compte du développement durable. Il est désormais attendu des adjudicateurs qu'ils exploitent cette marge de manœuvre. C'est dans cet esprit que l'alinéa 1 a été rédigé : il incite les adjudicateurs à prendre en compte le développement durable dans leurs marchés et encourage, par voie de conséquence, les soumissionnaires à améliorer leur engagement en faveur d'une société plus durable.

Le développement durable peut non seulement être pris en compte dans les critères d'adjudication, mais aussi dans la définition par l'adjudicateur des spécifications techniques et des critères d'aptitude de son marché. Il appartient ensuite à l'adjudicateur de vérifier et de s'assurer que les exigences qu'il a prévues sont respectées et mises en œuvre durant toute la durée du marché.

#### **Al. 2 :**

L'al. 2 reprend en partie la teneur actuelle de l'art. 16, al. 2 RLMP-VD qui prévoit le recours à des écolabels. Le présent alinéa a toutefois une portée plus large puisqu'il traite non seulement des spécifications techniques mais également des critères. Il intègre de surcroît la dimension sociale du développement durable. L'al. 2 rappelle que les critères et les spécifications techniques environnementaux ou sociaux doivent être appropriés pour définir les caractéristiques des prestations faisant l'objet du marché. En d'autres termes, ils doivent toujours avoir un lien objectif avec l'objet du marché. En effet, les critères et les spécifications techniques d'un marché doivent respecter les principes généraux des marchés publics et notamment l'interdiction des discriminations.

---

<sup>1</sup>[https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit\\_Arbeitsbeziehungen/schwarzarbeit/Bundesgesetz\\_gegen\\_Schwarzarbeit.html](https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/schwarzarbeit/Bundesgesetz_gegen_Schwarzarbeit.html) (liste LTN).

<sup>2</sup>[https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit\\_Arbeitsbeziehungen/freier-personenverkehr-ch-eu-und-flankierende-massnahmen/entsendung-von-arbeitnehmenden-in-die-schweiz.html](https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/freier-personenverkehr-ch-eu-und-flankierende-massnahmen/entsendung-von-arbeitnehmenden-in-die-schweiz.html) (liste LDét).

Les exigences d'ordre écologique ou social d'un adjudicateur doivent permettre l'accès égal des soumissionnaires aux marchés et ne doivent pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence internationale. Si ces exigences ont pour but ou pour effet de restreindre l'accès au marché de soumissionnaires étrangers ou provenant d'une autre région, elles pourraient être considérées par un tribunal comme constitutive d'une restriction illicite à la concurrence et être jugées contraire au droit supérieur (AIMP 2019, LMI, AMP 2012). Enfin, l'alinéa 2 précise que les spécifications techniques et critères susmentionnés ne doivent pas constituer une restriction excessive de la concurrence, cela afin de se conformer à l'un des principaux buts du droit des marchés publics : assurer une concurrence efficace et équitable entre les soumissionnaires (art. 2 let. d AIMP 2019).

#### **Al. 3 :**

L'al. 3 représente le contre-projet du Conseil d'Etat à la motion Pahud « Pour une véritable promotion du bois comme unique matériau renouvelable » (19\_MOT\_73). Il permet aux adjudicateurs de se référer spécifiquement (mais pas uniquement) au label Bois Suisse dans les marchés de travaux. Le Label Bois Suisse délivré par Lignum garantit l'origine suisse du bois à son utilisateur final ainsi que le respect des prescriptions légales, des usages et des standards de la branche.

L'al. 3 concerne tout type d'adjudicateur (canton, communes, associations de communes ou autres entité soumises à la législation vaudois sur les marchés publics) et tout type d'ouvrage (bâtiments, passerelles, abris bus, couverts à vélos, etc.). Cette disposition limite toutefois l'utilisation du Label Bois Suisse aux marchés non soumis aux accords internationaux afin de ne pas entrer en contradiction avec les engagements internationaux de la Suisse. La règle prévue par l'alinéa 3 n'entre pas en contradiction avec la LMI puisqu'elle s'applique de la même manière à tous les soumissionnaires, qu'ils soient établis dans le canton de Vaud ou en dehors de ce dernier. Il s'agit en effet, avec cette règle, d'encourager l'utilisation d'un bois produit durablement et provenant de toutes les régions de Suisse.

### **Chapitre III Autorités compétentes**

#### **Art. 10 Conseil d'Etat**

Cet article reprend l'art. 6, let. a et j du modèle de loi d'adhésion à l'AIMP 2019 adopté par la DTAP le 15 novembre 2019. L'art. 10, al. 1, let. a s'inscrit dans le prolongement des compétences attribuées au Conseil d'Etat par l'art. 121 de la Constitution vaudoise.

#### **Art. 11 Autorité de surveillance (art. 45 et 62 AIMP)**

Pour favoriser une bonne application du droit des marchés publics, il est nécessaire de bénéficier d'une autorité de surveillance des marchés publics au niveau cantonal. Jusqu'alors, l'autorité cantonale de surveillance était désignée à l'art. 14 LMP-VD. Il s'agit aujourd'hui de reprendre la règle existante, en définissant plus précisément les tâches qui incombent à l'autorité cantonale de surveillance, à savoir le département en charge des infrastructures.

L'art. 11, al. 2, let. a P-LMP-VD vise à concrétiser l'obligation faite aux cantons de veiller au respect de l'AIMP 2019 (art. 62 AIMP) et à étendre son application aux règles contenues dans le droit cantonal (P-LMP-VD et P-RLMP-VD). Cette tâche de contrôle est à distinguer du contrôle juridictionnel prévu dans le cadre des procédures de recours. En effet, l'examen de la légalité d'une décision prise dans le cadre des marchés publics par un adjudicateur relève de la compétence exclusive de l'autorité judiciaire saisie sur recours. L'autorité de surveillance ne peut se substituer à cette dernière. La surveillance prévue à la let. a concerne les soumissionnaires et leurs sous-traitants mais également les adjudicateurs. Il est en effet nécessaire d'inclure dans le champ d'application de la surveillance tous les acteurs des marchés publics, qu'il s'agisse d'entités lançant des marchés publics ou d'entités déposant des offres ou encore celles qui se voient sous-traiter une partie de l'exécution du marché.

Par ailleurs, l'autorité cantonale de surveillance est désignée à l'art. 11, al. 2, let. b P-LMP-VD comme autorité compétente pour prononcer les sanctions et édicter les instructions prévues à l'art. 45 AIMP 2019. Ces sanctions sont l'exclusion des marchés publics futurs pour une durée maximale de cinq ans et l'amende, qui peut aller jusqu'à 10% du prix final de l'offre. Conformément à la marge de manœuvre laissée aux cantons par l'art. 45, al. 1 AIMP 2019, la compétence pour prononcer ces sanctions est attribuée exclusivement à l'autorité cantonale de surveillance. Elles ne peuvent dès lors pas être prononcées par les adjudicateurs. Cette centralisation des compétences présente plusieurs avantages : elle permet d'étendre le périmètre des exclusions des marchés publics futurs à tout le territoire cantonal et de ne pas le limiter aux seuls marchés d'un adjudicateur. Ainsi les

exclusions des marchés publics futurs prononcées par l'autorité cantonale de surveillance s'appliqueront aux niveaux cantonal et communal, ce qui renforce l'efficacité de ces sanctions.

La centralisation des compétences en matière d'exclusion permet en outre d'assurer une certaine uniformité dans l'application des sanctions prononcées à l'encontre des soumissionnaires et des sous-traitants au niveau cantonal et le développement d'une pratique respectueuse de l'égalité de traitement entre les entités sanctionnées.

Les adjudicateurs ne sont toutefois pas démunis et conservent le pouvoir de prononcer les sanctions prévues par l'art. 44 AIMP 2019, soit notamment l'exclusion de la procédure et la révocation de l'adjudication. Jusqu'alors, les sanctions dont étaient passibles les soumissionnaires étaient consacrées à l'art. 14a LMP-VD : l'al. 1 concernait les sanctions prononcées par l'adjudicateur et l'al. 2 les sanctions de l'autorité cantonale de surveillance. Désormais, tant les actes passibles de sanctions que le type de sanctions qu'encourent les soumissionnaires et leurs sous-traitants lorsqu'ils contreviennent aux règles de l'AIMP sont énoncés aux art. 44 et 45 AIMP 2019. Le système de sanction prévu par l'art. 45 AIMP 2019 permet désormais de sanctionner directement un sous-traitant et non pas uniquement le soumissionnaire, pour les actes de son sous-traitant comme c'était le cas jusqu'alors.

S'agissant des adjudicateurs, l'autorité cantonale de surveillance est notamment habilitée, en application de l'art. 45, al. 4 AIMP 2019, à ouvrir des enquêtes administratives à leur rencontre et à édicter des instructions contraignantes.

#### **Al. 3 :**

Cet alinéa précise les moyens à disposition de l'autorité cantonale de surveillance dans l'exécution des tâches qui lui sont dévolues. En règle générale, l'autorité cantonale de surveillance agit sur dénonciation mais elle peut également se saisir d'office des cas qui parviennent à sa connaissance. La let. a règle l'échange d'informations entre l'autorité cantonale de surveillance, d'une part, et les différentes entités pouvant faire l'objet d'un contrôle, d'autre part. Les let. b et c précisent quant à elles que l'autorité peut également mener des auditions dans le cadre des procédures qu'elle instruit et qu'elle est habilitée à requérir l'aide d'experts externes si elle l'estime nécessaire. Il est en effet indispensable, pour que l'autorité cantonale de surveillance mène à bien sa mission, qu'elle puisse accéder à tous les renseignements utiles et procéder, elle-même ou avec l'appui de personnes qualifiées, à toutes les analyses nécessaires à la conduite de ses activités.

#### **Al. 4 :**

Cet alinéa instaure un devoir de collaboration des soumissionnaires, des sous-traitants et des adjudicateurs, à l'instar de ce qui est prévu pour d'autres entités chargées de la surveillance de certains domaines (Préposé à la protection des données personnelles, Contrôle cantonal des finances, Cour des comptes, etc.). L'autorité cantonale de surveillance doit en effet pouvoir compter sur la collaboration des principaux acteurs des procédures de marchés publics, y compris une fois la procédure terminée et le marché adjugé, et notamment accéder aux informations et pièces utiles à l'exécution de sa mission. Ce devoir de collaboration concerne tous les marchés publics soumis à la législation cantonale, quelle que soit la procédure suivie par l'adjudicateur. Enfin, le secret de fonction et les secrets d'affaires ne doivent pas pouvoir être valablement opposés à l'autorité de surveillance lorsqu'elle exige des renseignements de la part d'un adjudicateur, d'un soumissionnaire ou d'un sous-traitant dans l'accomplissement de ses tâches.

### **Art. 12 Travail au noir**

Selon l'art. 13, al. 1, de la loi fédérale du 17 juin 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (LTN ; RS 822.41), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008, en cas de condamnation entrée en force d'un employeur pour cause de non-respect important ou répété des obligations en matière d'annonce et d'autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers, l'autorité cantonale compétente exclut l'employeur concerné des futurs marchés publics au niveau communal, cantonal et fédéral pour cinq ans au plus. Il s'agit d'une exclusion générale des marchés publics futurs (et non d'une simple exclusion relative à un marché ou à un adjudicateur en particulier). Elle concerne l'attribution de tous les futurs marchés publics, quelle que soit la procédure suivie par l'adjudicateur (procédure de gré à gré, sur invitation, ouverte, sélective, concours ou mandat d'études parallèle ; dans le même sens, cf. GUERRIC RIEDI, Les aspects sociaux des marchés publics, en particulier la protection des travailleurs, *in* : Zufferey et al. [édit.], Marchés publics 2016, Zurich/Bâle/Genève 2016, p. 335, n. 95). Comme le rappelle le Conseil fédéral dans son message relatif à la LTN, la sanction porte exclusivement sur des adjudications à venir et tout marché d'ores et déjà attribué au moment du prononcé de la sanction reste acquis à son adjudicataire (Message du Conseil fédéral du 16 janvier 2002, FF 2002 p. 3371ss, p. 3420). Il n'en demeure pas moins que pour les marchés d'ores et déjà attribués qui sont en cours d'exécution, l'adjudicateur continue de disposer de tous les moyens de sanction

prévus par la législation sur les marchés publics en cas de comportement illicite de l'adjudicataire du marché (cf. notamment les sanctions de l'art. 44 AIMP 2019).

Depuis de nombreuses années déjà, le département en charges des infrastructures est l'autorité compétente pour prononcer l'exclusion des employeurs des futurs marchés publics au sens de l'art. 13 LTN. Il s'agit de maintenir ici cette compétence, notamment en raison du lien de connexité qui existe entre cette activité et les tâches également attribuées à ce département ou directement à son secrétariat général, à savoir le rôle d'autorité de surveillance des marchés publics (art. 11) et le rôle de centre de compétences sur les marchés publics (art. 14).

A noter que les décisions d'exclusions des marchés publics futurs prononcées par l'autorité cantonale compétente sont communiquées au Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) qui se charge ensuite de publier une liste publique des entreprises sous le coup d'une telle mesure. Toutes les personnes intéressées peuvent ainsi accéder à la liste des entreprises exclues des marchés publics futurs, à l'instar du système mis en place pour les employeurs qui ont fait l'objet d'une sanction selon la loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail la loi sur les travailleurs détachés (LDét ; RS 823.20).

Le critère primordial dans l'appréciation de la sanction à prononcer sur la base de l'art. 13 LTN est celui de la durée de l'infraction à la législation en matière d'assurances sociales ou des étrangers. Aussi, lorsqu'un même employeur a été condamné pénalement pour avoir employé au noir plusieurs travailleurs, simultanément ou successivement, la durée des infractions sera cumulée. De même, la récidive doit être prise en compte comme un facteur aggravant de la sanction, lorsque le non-respect des obligations visées à l'art. 13, al. 1 LTN est important, ou lorsque l'auteur a commis plusieurs infractions mineures successives. Le fait que l'entreprise fautive soit active dans le domaine des marchés publics doit être également retenu comme une circonstance aggravante de la sanction, car une telle entreprise n'est pas apte à soumissionner, voire, selon les circonstances, a soumissionné alors qu'elle n'était pas apte à le faire (arrêt de la CDAP MPU.2018.0008 du 24 mai 2018 consid. 2 et arrêt de la CDAP MPU.2015.0054 du 27 janvier 2016 consid. 2b). La loi sur le travail au noir n'opère aucune distinction entre les notions de travail au noir et de travail au gris. Dans l'acceptation courante, le travail au gris correspond à la situation dans laquelle un employeur engage un ressortissant étranger sans autorisation de séjour tout en s'acquittant des charges sociales. Dans le cadre de l'application de la LTN, le travail au gris ne constitue donc pas une forme atténuée de travail au noir, la simple occupation d'un travailleur étranger sans respecter les devoirs d'annonce et d'autorisation imposés par la législation sur les étrangers suffisant à retenir la qualification de travail au noir (GUERRIC RIEDI, *op. cit.*, p. 331, n. 80). D'après la jurisprudence cantonale, le fait qu'un employeur se soit acquitté des charges sociales afférentes aux travailleurs employés sans autorisation (cas de travail au gris) ne doit pas être pris en compte à sa décharge. En effet, « l'art. 13 al. 1 LTN envisage alternativement ces deux motifs de sanction, et ne prévoit aucun motif d'atténuation dans l'hypothèse désignée fréquemment comme "travail au gris" » (arrêt de la CDAP MPU.2015.0054 du 27 janvier 2016 consid. 2b *in fine* et arrêt de la CDAP MPU.2013.0025 du 26 mars 2014 consid 9b).

#### **Art. 13 Listes de soumissionnaires (art. 28 AIMP)**

L'art. 13, al. 1 attribue au département la compétence réservée à l'art. 28, al. 1 AIMP 2019, de créer des listes de soumissionnaires ayant l'aptitude requise pour pouvoir obtenir des marchés publics. Un tel système est déjà prévu dans l'actuel règlement sur les marchés publics (cf. art. 25 ss RLMP-VD). L'introduction de listes de soumissionnaires représente une possibilité offerte par l'AIMP 2019 et non une obligation. Il appartiendra dès lors au département de décider si un tel système de listes est opportun et si sa gestion peut être déléguée aux associations professionnelles. A noter qu'un tel système de listes demeure rare en pratique, seuls deux cantons suisses tenant des listes de soumissionnaires (cantons du Valais et de Thurgovie) à l'heure actuelle.

Le second alinéa prévoit, comme le fait l'actuel art. 27, al. 1 RLMP-VD, une délégation de compétence en faveur des associations professionnelles intéressées concernant la gestion des listes de soumissionnaires.

#### **Art. 14 Centre de compétences sur les marchés publics**

Le Centre de compétences sur les marchés publics du Canton de Vaud (CCMP-VD) assure, depuis de nombreuses années, un rôle de conseil et d'information auprès des pouvoirs adjudicateurs du canton. Il organise à ce titre régulièrement des formations destinées au personnel des administrations publiques, en particulier auprès du Centre d'éducation permanente (CEP), édicte des recommandations à l'attention des pouvoirs adjudicateurs (qui sont disponibles sur les pages internet « marchés publics » de l'Etat de Vaud) et répond par écrit à des questions juridiques ponctuelles d'ordre général concernant l'application de la législation sur les marchés publics. Il assure également la diffusion d'actualités en matière de marchés publics sur le site internet de



l'Etat de Vaud et publie, depuis 2012, des chroniques périodiques à l'attention des communes pour les sensibiliser sur certains aspects particuliers des marchés publics.

Le CCMP-VD est rattaché au Secrétariat général du Département des infrastructures et des ressources humaines (SG-DIRH). Il réunit des représentants des principaux services adjudicateurs de l'Etat de Vaud particulièrement actifs dans les marchés public et au bénéfice de formations professionnelles variées telles que : des architectes, des ingénieur-e-s, des informaticien-ne-s, des acheteur-se-s et des juristes. Cette réunion de différentes compétences garantit de la sorte au CCMP-VD de pouvoir remplir au mieux ses différentes tâches.

En l'état actuel du droit, l'existence du CCMP-VD et son rôle ne sont pas ancrés dans la législation. On retrouve tout au plus une référence à celui-ci à l'art. 5, al. 2, let. b du règlement d'application de la loi du 24 juin 1996 d'application dans le Canton de Vaud de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (RLVLEg ; BLV 173.63), qui désigne un représentant du CCMP-VD parmi les membres de la commission instituée pour contrôler l'égalité salariale entre femmes et hommes dans les marchés publics et les subventions (CoMPS). La révision du droit vaudois des marchés publics constitue ainsi l'occasion d'ancrer le CCMP-VD dans la loi et d'énumérer formellement ses tâches.

## **Chapitre IV Dispositions finales**

### **Art. 15 Disposition d'exécution**

Cet article contient une liste de délégations de compétences en faveur du Conseil d'Etat qui feront l'objet de dispositions spécifiques dans le règlement d'application de la loi. Il reprend, en tout ou partie, les art. 3 (Délai et réduction des délais pour les marchés non soumis aux accords internationaux), 4 (Publications) et 6 (Exécution) du modèle de loi d'adhésion à l'AIMP 2019 adopté par la Conférence des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement (DTAP) le 15 novembre 2019.

### **Art. 16 Disposition transitoire**

Cet article reprend le régime de droit transitoire prévu par l'art. 64 AIMP 2019 afin d'assurer une parfaite cohérence entre l'accord intercantonal et la nouvelle loi. Le droit actuel connaît une disposition similaire à l'art. 16 LMP-VD.

### **Art. 17 Abrogation**

Cet article n'appelle pas de commentaire particulier.

### **Art. 18 Exécution**

Cet article n'appelle pas de commentaire particulier.



### 3. REPONSES DU CONSEIL D'ETAT AUX INTERVENTIONS PARLEMENTAIRES

#### 3.1 Motion Yvan Pahud et consorts – Pour une véritable promotion du bois comme unique matériau renouvelable (19\_MOT\_073) (Réponse à la conclusion no 2 du motionnaire)

##### **Rappel de la motion**

*Le bois issu des forêts suisses est l'unique matériau de construction entièrement renouvelable. Avec les nouvelles normes incendie et les dernières avancées technologiques, le bois est un matériau moderne qui peut être utilisé dans de larges domaines de la construction. Néanmoins, celui-ci reste encore trop peu utilisé, malgré une matière première en suffisance. En effet, la forêt suisse est toujours fortement sous-exploitée. L'accroissement annuel en bois est de 9 à 10 millions de m<sup>3</sup>, tandis que l'exploitation annuelle n'atteint en moyenne que 7.1 millions de m<sup>3</sup>. Sur un hectare de forêt vaudoise, les arbres forment en moyenne 351 m<sup>3</sup> de bois, chiffre passablement élevé. Ceci signifie que nos forêts vaudoises ont tendance à être sous-exploitées. En substituant du bois à d'autres matériaux, limités et non renouvelables, on réduit l'émission de gaz carbonique responsable en partie du réchauffement climatique. Rappelons également que lors de constructions soumises aux marchés publics, il existe une certaine marge de manœuvre afin d'exiger la mise en œuvre de bois suisse ou local. Propriétaire de plus de 70% de forêt, le canton et les communes ont la possibilité d'exiger, lors de constructions en bois, l'utilisation de bois issu des forêts vaudoises. En effet, les règles sur les marchés publics permettent au maître d'œuvre qui est propriétaire de forêt d'imposer l'utilisation de son propre bois, ou de l'acquérir par l'intermédiaire d'une association régionale contrôlée par les pouvoirs publics et ainsi demander du bois certifié d'origine bois Suisse (COBS). Dès lors, afin de promouvoir véritablement le recours à ce matériau renouvelable, il est proposé par les soussignés de :*

- 1. Compléter l'article 77 de la Loi forestière vaudoise (LVLFo), ceci afin que le bois soit traité sur le même pied d'égalité qu'un autre matériau et que les professionnels du bois puissent amener leurs connaissances lors de concours d'architecture.*
- 2. Modifier la Loi sur les marchés publics (LMP-VD) avec l'insertion d'une mention sur les labels environnementaux comme le COBS.*

##### **1. Complément de l'article 77 de la LVLFo**

*Art. 77 Promotion de l'économie forestière et du bois*

*1 Le Conseil d'Etat édicte les dispositions d'exécution nécessaires à la promotion d'une économie forestière durable et à l'encouragement de l'utilisation du bois en tant que matériau de construction écologique et source d'énergie renouvelable.*

*2 Lors de la planification de bâtiments cantonaux ou subventionnés par l'Etat à raison d'au moins dix pour cent, la construction en bois indigène doit être privilégiée, sous réserve des règles sur les marchés publics.*

*2bis (nouveau) Le Conseil d'Etat encourage le recours au bois issu des forêts vaudoises dans les constructions concernées par l'alinéa*

*2. 2ter (nouveau) Les projets de construction concernés par l'alinéa 2 doivent comporter une variante bois présentée dans le cadre d'une étude de faisabilité comparative.*

*2quater (nouveau) Dans le cadre de concours d'architecture concerné par l'alinéa 2, le jury devra comporter, au minimum, un spécialiste de la construction en bois reconnu.*

*3 Le Conseil d'Etat encourage également la formation professionnelle et sa promotion dans le domaine de l'économie forestière et du bois.*

##### **2. Modifier ou compléter la Loi sur les marchés publics comme la fait récemment le canton de Fribourg avec cette mention à l'article 3b (nouveau) de la loi fribourgeoise sur les marchés publics :**

*« Le pouvoir adjudicateur peut exiger des labels environnementaux ou des écolabels pour les marchés relatifs à la construction ou rénovation en bois d'un bâtiment propriété de l'Etat ou lorsque l'Etat y participe financièrement. Le Certificat d'origine bois Suisse (COBS) ou l'équivalent sont reconnus à ce titre. »*

*Et, ou de compléter l'article 16 de la LMP-VD, alinéas 6, avec une mention spéciale pour les constructions en bois avec comme référence première, le Certificat d'origine bois Suisse (COBS).*

La motion a été déposée le 15 janvier 2019, signée par son auteur et 80 cosignataires.

## Rapport du Conseil d'Etat

### 1. INTRODUCTION

Le motionnaire souhaite que le Conseil d'Etat examine l'opportunité de modifier la loi forestière vaudoise et la législation cantonale sur les marchés publics. Le premier point de la motion vise une modification de la loi forestière dans le but que le bois soit traité sur un pied d'égalité avec les autres matériaux et que les professionnels du bois puissent amener leurs connaissances lors de concours d'architecture. Cette partie de la motion sera traitée séparément, par le Département de l'environnement et de la sécurité, dans le rapport accompagnant l'exposé des motifs et projet de loi portant modification de la loi forestière.

Au second point de sa motion, le motionnaire souhaite que le Canton de Vaud modifie sa loi sur les marchés publics en y insérant une mention au sujet du label COBS (certificat d'origine bois suisse, dont le nom est devenu entretemps label Bois Suisse). Sa demande s'inspire d'une modification intervenue il y a quelques années dans la législation fribourgeoise. La loi fribourgeoise sur les marchés publics consacre en effet depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2016 la possibilité d'exiger des labels environnementaux ou des écolabels pour les marchés relatifs à la construction ou à la rénovation en bois d'un bâtiment propriété de l'Etat ou lorsque l'Etat y participe financièrement. Cette disposition indique au surplus que le certificat d'origine bois Suisse (COBS) ou son équivalent sont reconnus à ce titre. Comme cela a déjà été rappelé ci-avant dans l'exposé des motifs et projet de loi sur les marchés publics (cf. chapitres 1 et 2), l'entrée en vigueur de l'Accord sur les marchés publics (AMP 2012) pour la Suisse ainsi que l'adoption par l'Autorité intercantonale pour les marchés publics de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP 2019) mène à une profonde refonte du droit des marchés publics vaudois. La marge de manœuvre du canton dans l'élaboration de son nouveau droit est cependant limitée, celui-ci ne pouvant pas prévoir de dispositions qui se révéleraient contraires à celles de l'AMP 2012 et de l'AIMP 2019.

#### 1.1 Rappel du cadre légal

Avant d'examiner en détail la proposition du motionnaire, il convient de rappeler le contexte législatif particulier dans lequel s'inscrit le traitement de la présente motion. Une révision du droit des marchés publics aux niveaux international, fédéral et intercantonal est en effet intervenue depuis lors et le canton de Vaud entend adhérer au nouvel accord intercantonal (AIMP 2019). De ce fait, tant le nouvel accord international sur les marchés publics (AMP 2012) entré en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> janvier 2021 que le nouvel accord intercantonal (AIMP 2019) adopté à l'unanimité des cantons le 15 novembre 2019 constituent du droit supérieur au droit cantonal. Conformément au principe de légalité et de la hiérarchie des normes (cf. art. 5 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, RS 101), le droit cantonal est tenu au respect du droit supérieur (droit international et droit intercantonal).

En sus des bases légales précitées, il convient de rappeler que la loi fédérale du 6 octobre 2005 sur le marché intérieur (LMI) impose également des exigences en termes de marchés publics. La LMI a pour but de garantir à tout personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 LMI).

En droit des marchés publics, l'adjudicateur dispose d'une grande liberté dans la définition de l'objet de son marché. Il est en effet le plus à même de savoir les prestations qu'il souhaite acquérir et les critères et/ou spécifications techniques qu'il souhaite appliquer à son marché. Il doit toutefois respecter un certain nombre de principes généraux dont celui de l'interdiction des discriminations. Le principe de non-discrimination vise à garantir que des soumissionnaires ne soient pas écartés ou exclus des procédures de manière arbitraire ou sur la base de critères non admissibles, tels que l'origine du produit, le lieu du siège ou de provenance du soumissionnaire (cf. Annexe D du Guide romand). Le principe de non-discrimination impose à l'adjudicateur d'assurer l'égalité de traitement entre les différents soumissionnaires, cela durant tout le déroulement de la procédure. En particulier, l'adjudicateur doit adopter les mêmes critères – d'aptitude et d'adjudication – pour l'ensemble des concurrents et ces critères ne doivent pas défavoriser, de manière indirecte, les offreurs externes. (Etienne Poltier, Droit des marchés publics, Berne 2014, p. 163 ss). Le principe de l'interdiction des discriminations en droit des marchés publics trouve directement sa source dans les accords internationaux (art. IV AMP 2012 et art. 6 Accord bilatéral) et est concrétisé à l'article 2, lettre c AIMP 2019. Indépendamment des accords internationaux et de l'adhésion du canton à l'AIMP 2019, le principe de non-discrimination ressort également de la LMI qui prévoit à son article 5 que les droits cantonaux ne doivent pas discriminer les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse d'une manière contraire à la LMI. De plus, les éventuelles restrictions d'accès au marché ne doivent en aucun cas constituer une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux (art. 3, al. 3 LMI, par renvoi de l'art. 5 LMI). Ainsi,

l'adjudicateur doit adopter, pour l'ensemble des soumissionnaires, les mêmes critères, sans défavoriser les offreurs extérieurs.

Les spécifications techniques permettent de décrire les caractéristiques de l'objet attendu par l'adjudicateur pour son marché, telles que sa fonction, ses performances, sa qualité, sa sécurité, ses dimensions ou les procédés de production et fixent les exigences relatives au marquage ou à l'emballage (on retrouve l'énumération de ces exigences aux articles X AMP 2012, 30 AIMP révisé et 16, al. 3 RLMP-VD). L'AMP 2012 prévoit la définition suivante à son article I let. u : « l'expression « spécification technique » s'entend d'une prescription de l'appel d'offres qui (i) énonce les caractéristiques des marchandises ou des services devant faire l'objet du marché, y compris la qualité, les performances, la sécurité et les dimensions, ou les procédés et méthodes pour leur production ou fourniture, ou (ii) porte sur la terminologie, les symboles, les prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage, tels qu'ils s'appliquent à une marchandise ou à un service. » La notion de spécifications techniques s'étend ainsi aux procédés et méthodes de production. Il est attendu de l'adjudicateur qu'il définisse les spécifications techniques en termes de performances et d'exigences fonctionnelles plutôt qu'en termes de caractéristiques descriptives ou de conceptions. En effet, les spécifications techniques doivent respecter les principes généraux des marchés publics et notamment l'interdiction des discriminations.

Les spécifications techniques doivent permettre l'accès égal des soumissionnaires aux marchés et ne pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence internationale. En effet, l'article X paragraphe 1 AMP 2012 prévoit qu'un adjudicateur « n'établira, n'adoptera ni n'appliquera de spécifications techniques ni ne prescrira de procédures d'évaluation de la conformité ayant pour but ou pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international ». Les spécifications techniques doivent ainsi être libellées de manière neutre. Un adjudicateur ne doit pas exiger de marques, de noms commerciaux, de brevets, de droits d'auteurs, de designs, de types, d'origines ou de producteurs particuliers, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché et à la condition que, dans de tels cas, des termes tels que « ou l'équivalent » figurent dans les documents d'appel d'offres (art. X, par. 4 AMP 2012 et art. 30, al. 3 AIMP 2019).

Tant l'Accord international que l'Accord intercantonal précisent que l'adjudicateur peut prévoir des spécifications techniques permettant de préserver les ressources naturelles ou de protéger l'environnement (art. 30, al. 4 AIMP 2019, art. X, par. 6 AMP 2012).

En rapport avec les buts de l'AIMP 2019, le message type de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) précise que (nous soulignons) « les critères environnementaux et sociaux appliqués doivent toujours avoir un lien objectif avec l'objet du marché. Ils se rapportent au produit ou aux effets qu'on attend de son utilisation. Il est également possible d'exiger un certain mode de production, à condition que celui-ci ait un lien avec l'objet du marché. Le mode de production ne doit pas nécessairement être reconnaissable dans le produit final, mais il doit avoir un effet au moins sur la valeur et le caractère spécifique du produit (par ex. bois issu d'une sylviculture proche de la nature, produits issus d'animaux élevés dans le respect de leurs besoins). La prise en compte d'objectifs non économiques implique cependant le risque que des pratiques protectionnistes touchent le domaine des marchés publics en prenant l'apparence de la poursuite de buts légitimes. Ainsi, des critères écologiques tels que le respect des normes environnementales nationales ou la distance de parcours peuvent être utilisés sciemment pour favoriser les soumissionnaires indigènes. Bien qu'il mentionne des objectifs écologiques, l'AMP 2012 ne tolère pas de telles pratiques. D'où la nécessité, en présence de spécifications techniques ou de critères d'adjudication d'ordre écologique, de se demander systématiquement si ces critères ont un lien objectif avec l'objet du marché. Si ces pratiques ont pour but ou pour effet de restreindre l'accès au marché de soumissionnaires étrangers ou provenant d'une autre région, invoquer le fait qu'un critère tient compte des exigences du développement durable ne servira à rien. C'est là un point à vérifier soigneusement, notamment lorsque des prescriptions concernent le procédé de fabrication alors que ce dernier n'a aucune incidence sur le produit à acheter. » (Autorité intercantonale pour les marchés publics AIMP, Message type, portant sur la révision de l'Accord Intercantonal sur les Marchés Publics, version 1.2 du 24 septembre 2020 p. 25).

## 1.2 Les labels environnementaux en relation avec le bois

A titre préliminaire, il convient de relever que le Certificat Origine Bois Suisse (COBS) a changé de nom et s'intitule depuis le 4 juin 2019 « Label Bois Suisse ». Le Conseil d'Etat se réfère ainsi désormais à cette appellation afin de respecter la dénomination en vigueur.

Les labels environnementaux concernant le bois attestent que ce matériau provient d'une exploitation forestière contrôlée et durable. Au niveau international, deux labels se sont largement imposés pour attester du caractère durable du bois : le label PEFC et le label FSC.

Le label PEFC (Programme for the Endorsement of Forest Certification) a pour objectif d'améliorer, sur le plan international, l'exploitation et la protection des forêts. Il permet d'unifier, sur la base des accords définis lors des conférences qui ont suivies les conventions de Rio, le contenu de l'ensemble des systèmes nationaux. Les pays titulaires de ce label peuvent édicter leurs propres directives PEFC en respectant les critères paneuropéens pour un développement durable. L'octroi du label PEFC est surveillé par une institution indépendante. Le label PEFC prouve que le bois et les produits du bois qui en sont dotés sont issus de l'économie forestière durable sur les plans écologique, économique et social<sup>1</sup>.

Le Label FSC (Forest Stewardship Council) a été créé par des représentants de l'économie forestière, des associations de protection de l'environnement et des peuples indigènes pour que les forêts du monde entier répondent aux besoins sociaux, écologiques et économiques des générations actuelles sans compromettre ceux des générations futures. Le label FSC peut être apposé par les organes nationaux de certification autorisés sur le bois provenant de forêts indigènes gérées dans le respect de la nature. Les normes à respecter sont formulées sur la base des principes et des critères généraux du FSC pour une gestion des forêts respectueuse de l'environnement et socialement équitable. La définition des normes s'effectue au niveau national et par consensus entre tous les acteurs du secteur de la forêt et du bois<sup>2</sup>.

Le label Bois Suisse garantit l'origine suisse<sup>3</sup> du bois à son utilisateur final ainsi que le respect des prescriptions légales, des usages et des standards de la branche. Une part maximale de 20 % de bois étranger est autorisée, à condition que ce dernier provienne de régions bénéficiant de conditions d'exploitation similaires et qu'il possède un label attestant une production durable ou une provenance contrôlée conformément aux directives FSC ou PEFC. Le bois marqué du label Bois Suisse garantit une gestion durable des forêts, un suivi de la qualité tout au long de la chaîne de transformation, le maintien de places de travail régionales et réduit les distances de transport<sup>4</sup>. Ce label émane de Lignum, l'organisation faîtière de l'économie suisse de la forêt et du bois. Selon Lignum, ce label permet de communiquer les valeurs liées à la qualité suisse en lien avec les caractéristiques des produits, les méthodes de production, l'environnement et les conditions cadres générales.

L'exigence de production durable de bois peut ainsi se vérifier avec le label Bois Suisse ou les certifications PEFC ou FSC<sup>5</sup>.

## 2. EXAMEN DE LA MODIFICATION PROPOSEE

Le motionnaire propose de modifier la loi sur les marchés publics (LMP-VD) avec l'insertion d'une mention sur les labels environnementaux comme le COBS, comme l'a fait en 2016 le Canton de Fribourg avec la mention suivante à l'article 3b (nouveau) de sa loi sur les marchés publics : « *Le pouvoir adjudicateur peut exiger des labels environnementaux ou des ecolabels pour les marchés relatifs à la construction ou rénovation en bois d'un bâtiment propriété de l'Etat ou lorsque l'Etat y participe financièrement. Le Certificat d'origine bois Suisse (COBS) ou l'équivalent sont reconnus à ce titre.* » Il propose alternativement ou cumulativement de compléter l'art 16 de la LMP-VD alinéa 6 avec une mention spéciale pour les constructions en bois avec comme référence première, le Certificat d'Origine bois Suisse (COBS).

---

<sup>1</sup> D'après les informations contenues sur le site internet <https://pefc.ch/fr/>

<sup>2</sup> D'après les informations contenues sur le site internet <https://ch.fsc.org>

<sup>3</sup> Soit un bois provenant de Suisse ou du Liechtenstein et transformé dans l'un de ces deux pays

<sup>4</sup> D'après les informations contenues sur le site internet <https://holz-bois-legno.ch>

<sup>5</sup> KBOB, Recommandation Construction durable en bois, 2020/1, p. 10.

Il y a fort à penser que lorsque le motionnaire demande à compléter l'article 16, alinéa 6 de la LMP-VD, celui-ci se réfère en réalité à l'article 16, alinéa 6 du RLMP-VD, qui concerne les spécifications techniques, et en particulier les écolabels. Cependant, l'article 126, alinéa 1 de la loi sur le Grand Conseil du 8 mai 2007 (LGC ; BLV 171.01) prévoit qu'« *une fois acceptée, la motion est impérative pour le Conseil d'Etat, qui doit présenter un projet de loi ou de décret dans le sens demandé* ». Partant, le Conseil d'Etat répond à la présente motion par un projet de modification de la loi sur les marchés publics.

A titre liminaire, il convient de relever que la législation actuellement applicable en matière de marchés publics dans le canton de Vaud est différente de celle qui prévalait dans le canton de Fribourg avant la modification législative intervenue à la l'article 3b de la loi fribourgeoise sur les marchés publics. En effet, le RLMP-VD mentionne d'ores et déjà, à son article 16, alinéa 6, la possibilité « *d'utiliser des spécifications certifiées par des éco-labels, pour autant qu'elles soient appropriées pour définir les caractéristiques des fournitures ou des prestations faisant l'objet du marché.* » Il est précisé au surplus que « *l'adjudicateur veillera à utiliser, autant que possible, des éco-labels européens et pluri-nationaux* ». Depuis son adoption en 2004, le RLMP-VD rend ainsi possible l'utilisation des écolabels dans les marchés publics vaudois. L'arsenal juridique actuel permet déjà de répondre en grande partie à la volonté du motionnaire. Une telle disposition ne figurait pas dans la législation fribourgeoise au moment du dépôt de la motion visant à imposer le certificat d'origine bois suisse à Fribourg. Au surplus, l'article actuel du règlement vaudois est mieux adapté que l'article fribourgeois dans la mesure où il ne limite pas la liberté des adjudicateurs en énonçant des labels précis. En effet, de nouveaux labels en lien avec le développement durable apparaissent fréquemment sur le marché, et concernent également d'autres domaines que le bois. Le COBS a précisément changé de nom depuis le moment du dépôt de la motion pour devenir le label Bois Suisse, ce qui illustre bien les limites pratiques d'une énumération nominative de labels dans un texte légal.

La proposition du motionnaire pose problème au regard du principe de non-discrimination applicable en droit des marchés publics. En effet un adjudicateur ne devrait pas, en application des engagements internationaux pris par la Suisse, prescrire de spécifications techniques qui exigent une origine déterminée (art. X, par. 4 AMP 2012 et VI, par. 3 AMP 1994). Une telle exigence pourrait alors être contestée lors de la publication de l'appel d'offres, ceci tant par des entreprises étrangères que par des entreprises suisses, ces dernières pouvant également se fournir en bois non labelisé bois suisse ou en bois provenant d'un autre pays que la Suisse. Dans son message du 24 novembre 2015 au Grand Conseil concernant l'introduction dans la loi fribourgeoise sur les marchés publics de l'exigence du label Bois Suisse pour les constructions en bois, le Conseil d'Etat fribourgeois relevait que « *la législation fribourgeoise mais aussi celle de rang supérieur (intercantonale, suisse et internationale) interdit la discrimination des entreprises et de la matière étrangère au projet de soumissionnaires nationaux ou locaux. Les labels liés à l'origine d'un produit sont proscrits et considérés comme des obstacles injustifiés à la concurrence.* » (Message 2015-DAEC-137 du 24 novembre 2015, p. 2). Plus, loin, le Conseil d'Etat rappelle qu'un objectif de soutien à l'industrie locale du bois « *s'inscrit en porte à faux avec les principes de discrimination et d'égalité de traitement découlant des règles sur les marchés publics* ». (Message 2015-DAEC-137 du 24 novembre 2015, p. 3).

Exiger une origine suisse du bois pour un marché met les adjudicateurs en porte-à-faux avec les principes énoncés par le droit international sur les marchés publics alors que d'autres solutions existent – et sont appliquées –, notamment pour construire avec du bois suisse.

En premier lieu, il existe toute une série de marchés dans lesquels un adjudicateur peut favoriser le bois suisse comme matériau de construction. En effet, lorsqu'un marché est soumis à la procédure de gré à gré ou à la procédure sur invitation, l'adjudicateur choisit librement les entreprises auxquelles il souhaite demander une offre. Il lui appartient dès lors de s'approcher d'entreprises dont il sait qu'elles travaillent avec du bois suisse, voire du bois vaudois.

La mise à disposition de son propre bois par l'adjudicateur constitue également une solution pratiquée à l'heure actuelle pour favoriser l'usage de bois local. De nombreux pouvoirs adjudicateurs vaudois, qu'il s'agisse du canton ou de communes, sont propriétaires de forêts. L'adjudicateur peut ainsi fournir son propre bois et prescrire dans l'appel d'offres que l'adjudicataire d'un marché de construction devra utiliser le bois mis à sa disposition par l'adjudicateur. Cette manière de procéder a été utilisée récemment pour le projet de construction des trois bâtiments qui constitueront la nouvelle Ecole professionnelle de Vennes (cf. communiqué de presse du 30 mars 2021).



Le pouvoir adjudicateur peut également acquérir le bois qu'il souhaite utiliser pour un marché de construction de manière séparée et le mettre par la suite à disposition de l'adjudicataire du marché de construction. Cette manière d'agir permet, suivant la valeur du bois à acheter, de lancer une procédure de gré à gré ou sur invitation pour l'achat du bois.

Enfin, une définition réfléchie des exigences environnementales d'un projet de construction peut permettre de favoriser implicitement le bois suisse, sans pour autant écarter d'autres provenances. A titre d'exemple, la Direction générale des immeubles et du patrimoine (DGIP) définit ses exigences environnementales en se fondant sur l'article 24 du règlement d'application de la loi vaudoise sur l'énergie (RLVLEne) ainsi que sur une directive du Conseil d'Etat pour l'efficacité énergétique et la durabilité des bâtiments et constructions et ce, depuis de nombreuses années. Les marchés passés sur cette base visent à promouvoir une architecture exemplaire, prônant la qualité grâce aux concours d'architecture, l'anticipation des besoins de la société ainsi que la maîtrise des techniques au service du développement durable. L'accent est mis sur la nécessité de considérer l'ensemble du cycle de vie des bâtiments, en visant l'efficacité énergétique, notamment par l'utilisation d'énergies renouvelables.

### **Recommandations des acteurs de la branche du bois**

#### Lignum

Les acteurs de la promotion du bois en Suisse veillent à respecter les exigences découlant du droit international dans leurs documents concernant les marchés publics. Plusieurs documents édités par Lignum, la faitière suisse de l'économie de la forêt et du bois, précisent que la législation en matière d'appels d'offres publics interdit de favoriser directement un producteur spécifique, une origine précise ou un lieu géographique déterminé. Dans le guide « Favoriser le bois suisse lors des appels d'offres<sup>1</sup> », ainsi que sur le site internet dédié au label bois suisse<sup>2</sup>, il est indiqué que les spécifications techniques doivent être désignées de façon neutre et ne pas faire référence à un fournisseur en particulier et ne pas exiger d'origines déterminées. L'adjudicateur peut exceptionnellement recourir à une spécification technique faisant mention d'une marque s'il n'existe pas d'autres moyens suffisamment précis ou intelligible de décrire l'objet du marché. Cependant, des termes tels que «ou équivalent» doivent obligatoirement être ajoutés et le cas échéant un produit semblable devra être accepté. De manière plus générale, ce guide met en avant le label Bois Suisse en tant que justificatif d'un bois produit durablement. Dans le document intitulé *Lignum Compact, Le bois suisse dans les appels d'offres*, il est rappelé que dans les marchés soumis à la procédure ouverte ou sélective, l'origine des matériaux ne peut pas être restreinte. S'agissant des spécifications techniques admissibles, seule une exigence de bois produit de manière durable est autorisée. Le Label Bois Suisse peut être mentionné uniquement comme preuve de production durable (p. 6 et 7).

Ces deux documents ainsi que le site internet du label Bois Suisse<sup>3</sup> rappellent que de nombreuses alternatives à l'exigence d'un label particulier existent pour favoriser le bois, et parfois le bois suisse, dans les marchés publics. Les solutions évoquées plus haut sont ainsi reprises par Lignum, notamment la mise à disposition de son propre bois par l'adjudicateur, l'exploitation de la marge de manœuvre offerte par les procédures de gré à gré et sur invitation, l'acquisition séparée du bois et l'indication de la volonté de recourir à des matériaux de construction renouvelables, écologiques et recyclables dans les concours et les mandats d'études parallèles.

#### *KBOB (Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics)*

Dans ses recommandations en matière de construction durable, la KBOB indique, s'agissant des spécifications techniques, que la preuve de l'utilisation de bois venant de la sylviculture durable peut être apportée par des labels reconnus tels que FSC ou PEFC. Le label Bois Suisse convient également puisque la sylviculture suisse est tenue par la loi de produire de manière durable. D'après la KBOB, pour un marché de construction ne dépassant pas 500 000 francs, il est possible d'exiger directement le label Bois Suisse. Au-delà de ce montant, la KBOB indique que le label Bois Suisse peut être prescrit dans l'appel d'offres en tant que variante. L'adjudication se fait sur la base de l'offre de base. Après l'adjudication, il est possible de choisir la variante si le soumissionnaire continue d'être en tête du classement (KBOB, Construction durable en bois 2020/1, p. 12).

---

<sup>1</sup>[https://www.lignum.ch/files/images/Downloads\\_francais/Technique/Certification/Guide\\_Favoriser\\_le\\_bois\\_suisse\\_lors\\_des\\_appels\\_d\\_offres.pdf](https://www.lignum.ch/files/images/Downloads_francais/Technique/Certification/Guide_Favoriser_le_bois_suisse_lors_des_appels_d_offres.pdf)

<sup>2</sup> [www.holz-bois-legno.ch](http://www.holz-bois-legno.ch)

<sup>3</sup> <https://www.holz-bois-legno.ch/fr/travailler-le-bois/organisation-bois-suisse/constructions-publiques>



Cette dernière hypothèse a cependant peu d'importance en pratique dans la mesure où une variante en bois suisse a peu de chance d'être plus économique qu'une offre de base sans exigence d'origine du bois. En effet, le marché doit toujours être adjugé à l'offre se trouvant en tête du classement.

#### *Limites de la formulation proposée par le motionnaire*

Par ailleurs, la formulation proposée par le motionnaire – qui reprend fidèlement la disposition fribourgeoise – restreint le champ d'application de la règle aux seuls marchés relatifs à la construction ou rénovation en bois d'un bâtiment propriété de l'Etat ou lorsque l'Etat y participe financièrement.

La première limitation concerne les adjudicateurs soumis à cette règle. La disposition fribourgeoise limite son champ d'application aux bâtiments propriétés de l'Etat, c'est-à-dire propriétés du canton. Ainsi, tous les autres pouvoirs adjudicateurs vaudois, et notamment les communes et les associations de communes, ne sont pas concernées par la disposition. La règle mériterait d'être élargie pour s'appliquer non seulement aux marchés organisés par l'Etat de Vaud mais également à tout marché organisé par un adjudicateur vaudois. A noter qu'une règle qui ne vise que l'Etat, comme c'est le cas en l'espèce, pourrait être introduite dans une directive interne, sans qu'une modification légale ne soit nécessaire. Dans un canton comme le canton de Vaud, le poids des marchés publics communaux est particulièrement élevé en raison du grand nombre de communes. En l'état, la motion n'a pas vocation à s'appliquer à un grand nombre de marchés publics.

La seconde limitation concerne le type de construction soumis à la règle. La disposition fribourgeoise se limite aux seuls bâtiments. L'utilisation de la notion d'ouvrage permettrait d'étendre le champ d'application de la règle à d'autres marchés de construction portant par exemple sur des passerelles, des abris bus ou des couverts à vélos. En effet, l'ouvrage en marchés publics désigne tout projet de construction, de rénovation, de transformation ou encore d'entretien, délimité dans le temps et l'espace (cf. la définition de l'annexe X du Guide romand pour les marchés publics). A nouveau, la motion, en prévoyant le terme de « bâtiments » ne vise à s'appliquer qu'à une partie des marchés de construction alors que de nombreux autres ouvrages pourraient être construits en bois.

Pour les différentes raisons citées dans ce chapitre et dans la mesure où il apparaît opportun d'ouvrir le champ d'application de la proposition faite par le motionnaire, le Conseil d'Etat propose, sous point 4, un contre-projet à la motion Pahud.

### **3. PROJET**

Afin de donner suite à la volonté du motionnaire, le Conseil d'Etat propose le projet suivant :

#### *Art.9 (NOUVEAU) Label bois suisse*

*L'adjudicateur peut exiger des labels environnementaux ou des ecolabels pour les marchés relatifs à la construction ou rénovation en bois d'un bâtiment propriété de l'Etat ou lorsque l'Etat y participe financièrement. Le label Bois Suisse ou l'équivalent sont reconnus à ce titre.*

### **4. CONTRE-PROJET**

Le Conseil d'Etat oppose au projet présenté au point 3, le contre-projet suivant :

#### *Art.9 (NOUVEAU) Développement durable*

*1 L'adjudicateur encourage la prise en considération du développement durable par les soumissionnaires dans ses marchés.*

*2 Il peut prévoir, à cette fin, des critères correspondants ou des spécifications techniques se fondant sur des labels environnementaux ou sociaux, pour autant que ces critères et spécifications soient appropriés pour définir les caractéristiques des prestations faisant l'objet du marché et n'impliquent pas une restriction excessive de la concurrence.*

*3 Dans les marchés non soumis aux accords internationaux relatifs à la construction ou à la rénovation en bois d'un ouvrage, le Label Bois Suisse ou son équivalent peut notamment être exigé.*

Le contre-projet a l'avantage d'encourager la prise en compte du développement durable par les soumissionnaires dans les marchés publics de manière globale. La disposition proposée ne se limite pas au sujet du label Bois Suisse mais concrétise les possibilités offertes par les articles 29 et 30 AIMP 2019 concernant le développement durable (alinéas 1 et 2). Le contre-projet donne une visibilité au label Bois Suisse dans la loi, comme le souhaite le motionnaire (alinéa 3), tout en offrant des moyens aux adjudicateurs pour l'ensemble de leurs marchés, et pas uniquement pour les marchés qui concernent la construction ou la rénovation de bâtiments en bois de l'Etat.

La formulation de l'alinéa 3 présente plusieurs avantages notables par rapport au projet du motionnaire.

Premièrement, cette disposition n'entre pas en contradiction avec les engagements internationaux de la Suisse dans la mesure où il est précisé que l'exigence du label Bois Suisse ne peut concerner que les marchés non soumis aux accords internationaux. Cet aspect est fondamental dès lors que le canton de Vaud est tenu au respect du droit supérieur dans sa législation. Cette disposition est également conforme à la LMI puisque l'exigence du label Bois Suisse s'applique de la même manière aux soumissionnaires locaux qu'aux soumissionnaires ayant leur siège hors du canton de Vaud.

Deuxièmement, la disposition proposée concerne tout type d'ouvrages et non seulement les bâtiments. Ainsi, le champ d'application de la règle se voit étendu à d'autres objets par rapport à la proposition du motionnaire. Comme mentionné plus haut, les marchés portant par exemple sur la construction de passerelles ou d'abris bus pourront également prévoir l'exigence du label Bois Suisse. Cette disposition ouvre ainsi le champ des possibles dans les marchés de construction en bois lancés par les adjudicateurs vaudois.

Finalement, l'alinéa 3 s'appliquera à tous les pouvoirs adjudicateurs vaudois, sans distinction. Les marchés du canton mais également des communes et des autres pouvoirs adjudicateurs vaudois seront couverts par le champ d'application de la disposition, ce qui en augmentera la portée pratique. Au vu de l'élargissement du champ d'application de la disposition à tout pouvoir adjudicateur, la proposition du motionnaire concernant les bâtiments subventionnés par l'Etat perd sa raison d'être. En effet, le contre-projet concerne l'ensemble des marchés de construction des pouvoirs adjudicateurs vaudois ouverts au niveau national sans qu'il soit nécessaire de s'intéresser à qui finance, et dans quelle mesure, le projet en question. L'abandon de la question du financement des projets de construction ou de rénovation simplifiera l'application de la disposition en pratique. En effet, la proposition du motionnaire relative au subventionnement apparaît problématique dans la mesure où n'importe quelle subvention allouée par le Canton pourrait entraîner l'application de la règle sans qu'il ne soit opéré de distinction relative à la part que représente la subvention en question dans le projet.

## **5. CONCLUSION**

Pour ces différentes raisons, le Conseil d'Etat propose d'adopter le contre-projet qui, tout en respectant le droit supérieur, donne suite à la volonté du motionnaire.

### 3.2 Motion Georges Zünd et consorts – Travailler à livre ouvert pour plus de transparence et moins de surcoûts dans les marchés publics (19\_MOT\_120)

#### **Rappel de la motion**

*Comme je l'ai relevé dans le cadre de l'interpellation déposée devant le Grand Conseil le 12 mars 2019, les pouvoirs adjudicateurs du canton, en particulier ce dernier et ses départements, mais aussi parfois des communes, adjugent fréquemment des marchés ou des lots à des entreprises générales ou totales, ce qui permet certes à l'adjudicateur d'économiser du travail, mais peut causer des problèmes dans le choix des sous-traitants, étant également rappelé que, trop souvent encore, les marchés sont attribués non pas au soumissionnaire le mieux-disant (c'est-à-dire présentant le meilleur rapport qualité-prix), mais au moins-disant (à savoir le moins cher), ce qui incite ce dernier à recourir à des sous-traitants dont les prix sont très inférieurs à ceux du marché suisse, parce que, le plus souvent, ils ont leur siège dans un pays où le niveau de vie (fournitures, salaires, etc.), mais aussi celui de la qualité de la formation professionnelle et ses mesures de sécurité, sont très en deçà des standards suisses. Mais il y a plus : pour limiter leurs coûts et améliorer leur marge, ces sous-traitants recourent eux-mêmes à d'autres sous-traitants (sous-sous-traitants) et ainsi de suite. Il arrive ainsi souvent qu'ils ne respectent pas les conditions minimales de salaire et de travail, les normes de sécurité, les règles de l'art et les standards de qualité suisses. Pire encore, la sous-traitance en cascade entraîne une confusion dans les divers intervenants et ainsi une perte, parfois totale, de contrôle sur ces derniers de l'adjudicateur ou de l'adjudicataire. Les conséquences en sont invariablement les mêmes : retards dans l'exécution des travaux, défauts et surcoûts, ceci sans parler de l'impossibilité parfois d'attirer les sous-traitants défaillants devant une juridiction en Suisse. Pour parer à ces problèmes, certains adjudicateurs, dont des communes, recourent à la méthode dite du « contrat à livre ouvert » qui permet d'avoir un regard tant sur les choix des matériaux de finition, sur le fonctionnement optimal des ouvrages que sur le choix des bureaux et entreprises sous-traitantes. Dans ce cadre, l'adjudicateur peut proposer une liste d'entreprises pour les travaux en sous-traitance de l'entreprise totale ou générale en se réservant un droit de refus d'entreprise qui, par exemple, ne paieraient pas leurs charges sociales ou ne respecteraient pas la convention collective applicable dans son domaine d'activité. Cette pratique, en vigueur depuis plusieurs années déjà, a fait-ses preuves, mais elle ne repose sur aucune règle spécifique, bien qu'elle n'ait pas été remise en cause par la jurisprudence. Il se justifie dès lors de lui donner un ancrage dans la loi, raison pour laquelle les auteurs de la présente motion prie le Conseil d'Etat d'adopter les dispositions utiles, soit directement dans la loi 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD), soit dans son règlement d'application du 7 juillet 2004 (RLMP-VD), étant précisé que l'art. 8 al. 2 let. j LMP-VD paraît constituer une base légale suffisante. Dans ce cadre, une phrase pourrait être insérée après la première phrase de l'alinéa premier de l'art. 44 RLMP-VD et avoir la teneur suivante: «En outre, les adjudicateurs peuvent soumettre aux soumissionnaires une liste d'entreprises pour les travaux en sous-traitance ou se réserver un droit de refus à l'égard de celles qui ne respecteraient pas le cadre légal et réglementaire, ne paieraient pas leurs charges sociales ou ne respecteraient pas la convention collective applicable dans leur domaine d'activité. ». Un alinéa 4 pourrait également être ajouté et aurait la teneur suivante : « Les adjudicateurs peuvent se réserver de contrôler et valider notamment les prix des fournitures, les conditions contractuelles, les matériaux et les méthodes ou les techniques proposés par les sous-traitants. ».*

## Rapport du Conseil d'Etat

### 1. INTRODUCTION

A titre liminaire, il convient de rappeler qu'en application de l'accord intercantonal sur les marchés publics et de la législation vaudoise en vigueur (cf. art. 13, al. 1, let. f AIMP ; art. 6, al. 1 let. f<sup>ter</sup> LMP-VD et art. 37, al. 1 RLMP-VD), tout marché public est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse, soit à l'offre présentant le meilleur rapport prix-prestation. Hormis pour les biens largement standardisés, un pouvoir adjudicateur ne peut en conséquence se fonder sur le seul critère du prix pour adjudger un marché (cf. art. 8, al. 2, let. f LMP-VD et 37, al. 5 RLMP-VD). Ainsi, l'adjudication d'un marché est toujours rendue en faveur de l'offre qui remporte le plus de points sur l'ensemble des critères évalués, de sorte que ce ne sont pas systématiquement les entreprises qui présentent les offres les moins chères qui remportent les marchés.

L'allégation du motionnaire, selon laquelle les soumissionnaires les moins-disant remporteraient la majorité des marchés, et à partir de laquelle il déduit notamment l'utilité de ses propositions réglementaires, est par conséquent erronée.

En substance, le motionnaire voit, dans l'usage du contrat dit « à livre ouvert », le moyen de lutter efficacement contre de nombreuses dérives qu'il attribue à la pratique intensive de la sous-traitance, voire de la sous-traitance en cascade, et contre un manque de transparence des prix pratiqués lors de l'exécution de marchés de construction.

Afin de formaliser la promotion de cette pratique, le motionnaire souhaite que le Conseil d'Etat apporte les deux modifications suivantes à l'actuel RLMP-VD :

- A) L'ajout, à la fin de l'article 44, alinéa 1 RLMP-VD, des considérations suivantes : « *En outre, les adjudicateurs peuvent soumettre aux soumissionnaires une liste d'entreprises pour les travaux en sous-traitance ou se réserver un droit de refus à l'égard de celles qui ne respecteraient pas le cadre légal et réglementaire, ne paieraient pas leurs charges sociales ou ne respecteraient pas la convention collective applicable dans leur domaine d'activité* ».
- B) L'ajout d'un alinéa 4 à cette disposition qui aurait la teneur suivante : « *Les adjudicateurs peuvent se réserver de contrôler et valider notamment les prix des fournitures, les conditions contractuelles, les matériaux et les méthodes ou les techniques proposés (sic) par les sous-traitants* ».

Après avoir rappelé ce que la notion de contrat dit « à livre ouvert » recouvre réellement, le Conseil d'Etat analysera la portée des modifications réglementaires proposées, notamment à l'aune du nouvel accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP 2019) et du projet de loi sur les marchés publics (P-LMP-VD)

### 2. EXAMEN DES MODIFICATIONS PROPOSEES PAR LE MOTIONNAIRE

La méthode de travail dite « à livre ouvert » définit un mode de rémunération qui se rencontre essentiellement dans les contrats d'entreprise générale ou totale.

Cette pratique fonde la rémunération finale de l'entrepreneur sur les prix effectivement offerts par ses sous-traitants pour l'exécution du chantier, augmentés de sa marge bénéficiaire. Le Maître de l'ouvrage ayant accès à ces informations, il bénéficie ainsi d'une transparence accrue sur le prix final de l'ouvrage dont il devra s'acquitter.

Cette méthode de travail présente souvent l'avantage de faire bénéficier le Maître d'ouvrage et l'entrepreneur d'une économie partagée résultant de la répartition de l'éventuel différentiel séparant le prix plafond convenu du coût final de l'ouvrage. Elle a par contre pour principal désavantage d'imposer un travail de vérification comptable pointu et chronophage. Par ailleurs, cette méthode ne modifie en rien l'identité des parties au contrat d'entreprise qui demeurent toujours, sauf convention contraire, le Maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal, à l'exclusion de ses sous-traitants. Le décompte « à livre ouvert » ne permet ainsi généralement pas au Maître de l'ouvrage de rémunérer directement les sous-traitants de l'entrepreneur. Enfin et toujours en raison de l'absence de lien juridique unissant le Maître de l'ouvrage aux sous-traitants intervenant sur un chantier, le lieu du siège de ces derniers est sans pertinence dans l'hypothèse où l'entrepreneur serait recherché en raison d'un défaut entachant l'ouvrage.

Les explications qui précèdent conduisent en premier lieu le Conseil d'Etat à constater qu'il n'y a pas de corrélation entre l'usage de la méthode « à livre ouvert », qui paraît certes opportune selon le type de contrat de construction conclu, et les buts assignés aux modifications réglementaires proposées.

En second lieu, il observe que l'AIMP 2019 et les nouveaux projets législatifs cantonaux (P-LMP-VD et P-RLPM-VD) qui en découlent permettent déjà de répondre efficacement aux inquiétudes du motionnaire.

Cela étant dit, le Conseil d'Etat se détermine plus amplement et comme suit sur les modifications réglementaires proposées.

## 2.1 Proposition réglementaire visée sous lettre A)

Le premier objectif du motionnaire serait de permettre à l'adjudicateur de proposer aux soumissionnaires des sous-traitants qu'il aurait lui-même désignés. L'octroi d'une telle prérogative pourrait ainsi lui permettre, au fond, d'adjuger directement les travaux auxdits sous-traitants, au mépris des contraintes liées aux marchés publics potentiellement applicables au cas d'espèce. Par ailleurs, la jurisprudence relative à l'article 369 du Code des obligations (ATF 116 II 305, JT 1991 I 173) retient que la désignation d'un sous-traitant s'apparente à un fait du Maître d'ouvrage. Ainsi et dans l'hypothèse où un défaut de l'ouvrage serait causé par un sous-traitant imposé par le Maître d'ouvrage, ce dernier ne pourra pas se retourner valablement contre l'entrepreneur pour faire valoir ses droits à la garantie des défauts.

La méthode « du livre ouvert » ne permet ainsi pas au Maître de l'ouvrage d'imposer des sous-traitants à l'entrepreneur, démarche qui serait par ailleurs susceptible de rencontrer les écueils précités.

Le second objectif serait d'octroyer à l'adjudicateur le droit de refuser un sous-traitant qui n'aurait pas démontré son intégrité sociale. Le Conseil d'Etat rappelle à cet égard que le droit en vigueur permet déjà d'atteindre efficacement ce but. En effet, la législation actuelle (cf. art. 6, al. 1 RLMP-VD) impose tout d'abord aux soumissionnaires d'indiquer dans leur offre le type, l'objet et l'importance des travaux ou services qui seront sous-traités, le nom et le siège de tous les participants à l'exécution du marché ainsi que la preuve de l'aptitude de tous les participants à l'exécution du marché.

Le soumissionnaire doit également garantir par contrat que ses sous-traitants respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs, aux conditions de travail et de salaire et à l'égalité de traitement entre hommes et femmes (cf. art. 6, al. 2, let. a RLMP-VD) ainsi que d'autres exigences, telles que le paiement régulier des charges sociales et des impôts (cf. art. 6, al. 2, let. b RLMP-VD). A défaut, l'adjudicateur peut le sanctionner par un avertissement, par l'exclusion de son offre ou par la révocation de l'adjudication, tandis que l'autorité de surveillance peut notamment prononcer à son encontre une amende allant jusqu'à 10% du prix final de son offre et/ou l'exclusion de tout nouveau marché pour une durée maximale de 5 ans (cf. art. 6, al. 5 RLMP-VD et art. 14a, al. 1 et 2 LMP-VD).

Quant à l'adjudicateur lui-même, il est tenu d'inclure des peines conventionnelles dans le contrat qu'il conclut avec l'adjudicataire pour assurer le respect des obligations du soumissionnaire et de ses sous-traitants (cf. art. 6, al. 6 RLMP-VD). En outre, un pouvoir adjudicateur qui constaterait qu'un sous-traitant proposé par le soumissionnaire dans son offre ne respecte pas ses obligations doit refuser le sous-traitant en question. La jurisprudence rendue à ce sujet permet en outre d'exclure de la procédure des marchés publics un soumissionnaire qui persisterait à recourir à un sous-traitant non conforme (Arrêt de la CDAP MPU.2011.0005 du 2 septembre 2011).

Le contexte législatif actuel renforce encore la prise en compte des préoccupations du motionnaire.

En effet, l'Accord international révisé sur les marchés publics (AMP 2012), entré en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> janvier 2021, a notamment conduit à l'élaboration de l'AIMP 2019, adopté à l'unanimité des cantons le 15 novembre 2019.

Entre autres avantages, l'AIMP 2019 formalise la prééminence du critère qualitatif, en le rendant obligatoire au même titre que le critère du prix (cf. art. 29, al. 1, 30, al. 1 et 41 AIMP 2019), et renforce la lutte contre les dérives de la sous-traitance et du travail au noir. En effet, il prévoit de nouvelles sanctions et mesures pour lutter contre les soumissionnaires et les sous-traitants qui occupent du personnel non conforme, de même que la publicité de ces soumissionnaires et sous-traitants en situation de non-conformité. Les articles 44 et 45 AIMP 2019 prévoient ainsi la possibilité, pour un pouvoir adjudicateur, d'exclure un soumissionnaire ou un sous-traitant de la procédure, de le radier d'une liste ou de révoquer une adjudication et, pour l'autorité de surveillance, de prononcer un avertissement, d'infliger une amende pouvant aller jusqu'à 10% du prix de l'offre déposée ou d'exclure pour une durée maximale de 5 ans des futurs marchés publics le soumissionnaire ou le sous-traitant non conforme.

Ainsi, l'adhésion du canton de Vaud à l'AIMP 2019 permet de renforcer les moyens d'actions à l'encontre des entreprises dont l'intégrité sociale ne serait pas démontrée. Pour preuve, les articles 12 et 26 AIMP 2019 énoncent les conditions de participation qui doivent impérativement être satisfaites par les soumissionnaires et leurs sous-traitants et rappellent l'obligation pour l'adjudicateur de s'en assurer.



Enfin, dans le cadre de la marge de manœuvre résiduelle réservée par l'article 63 alinéa 4 AIMP 2019, le projet de loi sur les marchés publics (P-LMP-VD) et celui du règlement d'application de la loi sur les marchés publics (P-RLMP-VD) complètent avantageusement les moyens déployés par l'AIMP 2019, en assurant la conformité des conditions de travail du personnel employé sur les chantiers de construction (cf. art. 8 P-LMP-VD), en reconduisant le système de peines conventionnelles à l'encontre du soumissionnaire retenu (cf. art. 7 P-LMP-VD) ou encore en jugulant très étroitement le recours à la sous-traitance (cf. art. 5, al. 3 et al. 4 P-LMP-VD).

Au vu des explications qui précèdent et dès lors que tant l'AIMP 2019 que les projets législatifs (P-LMP-VD et le P-RLMP-VD) permettent déjà de satisfaire les propositions du motionnaire, le Conseil d'Etat est d'avis que cette première modification n'apparaît pas nécessaire.

## 2.2 Proposition réglementaire visée sous lettre B)

Pour le motionnaire, l'usage de la méthode « du livre ouvert » permettrait à l'adjudicateur de contrôler les prix des fournitures prévues, les conditions contractuelles, les matériaux et les méthodes proposées par les sous-traitants pour réaliser son ouvrage.

Le Conseil d'Etat ne partage pas cet avis. En effet, si cette méthode présente bien certains avantages, elle ne permet pas à l'adjudicateur, contrairement à ce que laisse supposer le motionnaire, d'imposer tel ou tel matériau ou fourniture, ou encore de prescrire à un sous-traitant l'usage d'une méthode de travail particulière.

Aussi le Conseil d'Etat estime-t-il que l'adjudicateur gagnerait à recourir à d'autres instruments ou à prêter une attention accrue sur d'autres aspects pour maîtriser ces paramètres.

En effet, c'est en précisant, dans ses documents d'appel d'offres et plus particulièrement dans ses séries de prix, le type de matériaux ou de finitions souhaité que l'adjudicateur maîtrisera ces éléments et le prix y afférent. A défaut, toute précision sur ces aspects au cours de l'exécution des travaux sera vraisemblablement de nature à engendrer des modifications de commande. Dans ce cas de figure, le recours à la méthode « du livre ouvert » permettrait uniquement à l'adjudicateur de connaître la construction du prix de ces modifications de commande mais ne saurait suffire à les éviter.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat estime que c'est en utilisant d'autres concepts ou instruments intimement liés au contrat de construction (planification adéquate et suffisante des vérifications, garanties financières ad hoc) que le Maître d'ouvrage contraindra l'entrepreneur à réaliser un ouvrage conforme à ses attentes plutôt qu'en recourant à la méthode « du livre ouvert », dont l'objectif principal est d'accroître la transparence du coût final de l'ouvrage.

En outre, si le Maître d'ouvrage souhaite contrôler ou valider les méthodes et techniques d'exécution proposées par les sous-traitants, il serait bien inspiré de fixer, dans ses appels d'offres, des critères d'aptitude ou d'évaluation propres à les évaluer. En effet, toute intervention à ce niveau en cours de chantier serait également de nature à favoriser des revendications de la part de l'entrepreneur, à l'encontre desquelles la méthode « du livre ouvert » n'apporterait qu'un surcroît de transparence sur les prix figurant dans les offres complémentaires y relatives.

Enfin et de manière plus globale, le Conseil d'Etat remarque que les retards, les défauts et les plus-values financières que le motionnaire attribue à la pratique de la sous-traitance voire de la sous-traitance en cascade, ne sont pas des écueils spécifiques aux modes constructifs mis en cause (réalisation de travaux par une entreprise générale ou par une entreprise totale) dans la mesure où ils peuvent également affecter un ouvrage réalisé de manière traditionnelle.

Les explications qui précèdent conduisent ainsi le Conseil d'Etat à également écarter cette seconde proposition réglementaire.

## 3. CONCLUSION

Au vu des explications qui précèdent, le Conseil d'Etat constate que le droit cantonal actuellement en vigueur, et plus encore l'AIMP 2019 et les projets législatifs précités, permettent d'ores et déjà de répondre adéquatement aux préoccupations du motionnaire. Par conséquent, le Conseil d'Etat n'estime pas opportun de donner suite aux propositions réglementaires qu'il formule.

Cela étant dit, la méthode du « livre ouvert » peut, comme nous l'avons vu, présenter des avantages pour le Maître de l'ouvrage suivant le mode constructif retenu. Elle permet en effet de renforcer la transparence du prix de l'ouvrage et, potentiellement, de réaliser une économie sur celui-ci.

Par conséquent, le Conseil d'Etat prévoira la possibilité de recourir à la méthode du « livre ouvert » dans le projet de règlement d'application de la loi sur les marchés publics (P-RLMP-VD) en raison de la densité normative qu'une telle disposition revêt.

### **3.3 Postulat Laurence Cretegny et consorts – Mandats externes hors de nos frontières, y a-t-il pénurie dans notre Canton et en Suisse ? (19\_POS\_119)**

#### **Rappel du postulat**

*Depuis plusieurs années, les marchandises pour la réfection de nos routes sont acheminées par des camions...français. - Au mois de juin 2018, plus d'un ont été surpris de ce faire arrêter par des enquêteurs...français sur sol vaudois, mandatés pour un sondage concernant les déplacements des automobilistes. Février 2019, des agriculteurs sont interpellés par une entreprise...française, mandatée par l'administration du Canton afin d'accompagner celui-ci dans la mise en place d'une opération pilote pour les produits du terroir dans la restauration collective. En ces temps où la préservation de notre climat fait les grands titres des journaux, que le Parlement demande à tout va que le Conseil d'Etat s'engage pour le climat ! Il nous paraîtrait normal d'engager des entreprises qui sont établies dans notre Canton, tout au moins dans notre Pays ! Ces trois exemples ne sont-ils que la pointe d'un iceberg ? C'est donc dans ce contexte que les députés soussignés demandent au Conseil d'Etat qu'une étude soit menée en vue d'établir le bilan du nombre de mandats qui sont accordés à des entreprises hors de nos frontières et si ces mandats ne trouvent « vraiment » pas le pendant dans notre Canton voir dans notre pays et de bien vouloir nous en faire rapport.*

Le postulat a été déposé le 5 mars 2019, signé par son auteure et 37 cosignataires.

## Rapport du Conseil d'Etat

### 1. INTRODUCTION

Le postulat évoque trois situations dans lesquelles des entreprises étrangères, principalement françaises, seraient intervenues dans l'exécution de marchés attribués par le Canton. Après avoir rappelé le cadre légal régissant le domaine des marchés publics, le Conseil d'Etat reviendra sur chacun de ces trois marchés. Il présentera ensuite, sur la base de statistiques, la proportion de marchés effectivement attribués à des entreprises étrangères par les différents services adjudicateurs du Canton.

#### 1.1 Rappel du cadre légal

Comme le relève elle-même la postulante dans le développement de son postulat, il existe en effet des règles à respecter. Une révision du droit des marchés publics aux niveaux international, fédéral et intercantonal est intervenue depuis le dépôt du postulat et le canton de Vaud entend adhérer au nouvel accord intercantonal (AIMP 2019) (cf. chapitres 1 et 2 de l'exposé des motifs et projet de loi sur les marchés publics). De ce fait, tant le nouvel accord international sur les marchés publics (AMP 2012) entré en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> janvier 2021 que le nouvel accord intercantonal (AIMP 2019) adopté à l'unanimité des cantons le 15 novembre 2019 constituent du droit supérieur au droit cantonal. La marge de manœuvre du canton dans la révision de son droit (LMP-VD, RLMP-VD) en vue de l'adhésion au nouvel accord intercantonal est donc limitée, celui-ci ne pouvant pas prévoir de dispositions qui se révéleraient contraires à celles de l'AMP 2012 et de l'AIMP 2019.

En sus des différentes bases légales évoquées, il convient encore de rappeler que la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI) impose également des exigences en matière de marchés publics. L'article 95, alinéa 2 de la Constitution fédérale charge la Confédération de veiller à créer un espace économique suisse unique. Ce mandat constitutionnel découle du principe de la liberté économique et est donc directement lié à un droit fondamental. Dans le domaine des marchés publics, certains soumissionnaires sont susceptibles d'être privilégiés par rapport à d'autres en raison de leur lieu d'établissement, de l'existence de relations personnes ou contractuelles avec l'adjudicateur ou encore d'autres facteurs, ce qui serait contraire au libre accès au marché intérieur. C'est la raison pour laquelle la LMI, qui a pour but de garantir à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 LMI), impose plusieurs obligations aux cantons, aux communes et aux organes assumant des tâches cantonales ou communales concernant l'ouverture de leurs marchés à la concurrence sur le plan national aux articles 5 et 3 LMI :

##### Art. 5, al. 1 LMI

*Les marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales sont régis par le droit cantonal ou intercantonal. Ces prescriptions, et les décisions fondées sur elles, ne doivent pas discriminer les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse d'une manière contraire à l'art. 3.*

##### Art. 3 LMI

*1 La liberté d'accès au marché ne peut être refusée à des offreurs externes. Les restrictions doivent prendre la forme de charges ou de conditions et ne sont autorisées que si elles :*

- a. s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux ;*
- b. sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants ;*
- c. répondent au principe de la proportionnalité.*

*2 Les restrictions ne répondent pas au principe de la proportionnalité lorsque :*

- a. une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être obtenue au moyen des dispositions applicables au lieu de provenance ;*
- b. les attestations de sécurité ou certificats déjà produits par l'offreur au lieu de provenance sont suffisants ;*
- c. le siège ou l'établissement au lieu de destination est exigé comme préalable à l'autorisation d'exercer une activité lucrative ;*
- d. une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être garantie par l'activité que l'offreur a exercée au lieu de provenance.*

3 Les restrictions visées à l'al. 1 ne doivent en aucun cas constituer une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux.

4 Les décisions relatives aux restrictions doivent faire l'objet d'une procédure simple, rapide et gratuite.

Selon la doctrine : « Tout type d'exclusion ou de préférence en fonction du lieu de domicile ou d'établissement est exclu (cf. art. 3 al. 2 let. c LMI). Un pouvoir adjudicateur cantonal ne peut donc pas poser comme critère d'aptitude celui du domicile ou de l'établissement dans le canton, ni de l'inscription dans le registre du commerce cantonal, ni, a fortiori, celui d'un tel domicile durant plusieurs années. Il est en outre exclu de tenir compte au titre des critères d'adjudication de l'emplacement géographique ou de l'origine des candidats, à moins que des motifs impératifs ne le justifient, par exemple lorsqu'une connaissance des lieux s'avérerait indispensable pour le marché en cause. Un pouvoir adjudicateur ne peut enfin pas limiter l'accès à un marché aux soumissionnaires provenant d'une région particulière de son canton, par exemple en raison d'un retard dans le développement économique ou d'un fort taux de chômage régional. Même si une telle préférence pénalise aussi les soumissionnaires du canton en cause non établis dans la région, il n'en demeure pas moins qu'elle défavorise tous les soumissionnaires extérieurs au canton et qu'elle favorise uniquement des soumissionnaires cantonaux » (EVELYNE CLERC, in : Commentaire romand Droit de la concurrence, 2<sup>ème</sup> éd., N 120 ss ad art. 5 LMI). « Pour les marchés cantonaux et communaux, le principe de non-discrimination découle sans réserve de l'art. 5 al. 1 LMI. Les concurrents admis à participer à un marché donné doivent être traités de manière non discriminatoire. Concrètement, cela implique que le pouvoir adjudicateur doit adopter les mêmes critères (d'aptitude et d'adjudication) pour l'ensemble des concurrents et ces critères ne doivent pas défavoriser, de manière indirecte, les offreurs externes » (ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, Berne 2014, p. 164).

Enfin, selon l'article 8 LMI, la COMCO veille à ce que la Confédération, les cantons, les communes et les organes assumant des tâches publiques respectent la LMI. L'article 9, alinéa 2bis LMI lui confère la qualité pour recourir afin de faire constater qu'une décision (par exemple un appel d'offres ou une décision d'adjudication) restreint indûment l'accès au marché.

#### 1.1.1 Seuils internationaux applicables

En vertu des engagements internationaux contractés par la Suisse en matière de marchés publics, la Confédération, les cantons, les communes ainsi que d'autres pouvoirs adjudicateurs (organes assumant des tâches cantonales ou communales, entreprises au bénéfice de monopole ou de concession, établissement de droit public, etc.) sont tenus d'ouvrir leurs marchés publics à la concurrence internationale lorsqu'ils dépassent les seuils internationaux. Pour les marchés de services et de fournitures des cantons et des communes, cette concurrence internationale est applicable à compter de 350'000 francs hors taxe (sans TVA) et à compter d'une valeur totale de l'ouvrage de 8,7 mio pour les marchés de construction. Une liste exhaustive des services soumis à cette concurrence internationale est énoncée dans l'Appendice I, annexe 5 de l'accord international révisé (AMP 2012). La Confédération connaît des seuils internationaux plus bas énoncés à l'annexe 4 de la LMP. Ces seuils internationaux s'imposent aux pouvoirs adjudicateurs de la Confédération, des cantons et des communes de sorte qu'ils ne bénéficient d'aucune marge de manœuvre pour y déroger sauf à violer la législation. Lorsque la valeur d'un marché soumis aux accords internationaux dépasse les seuils internationaux et que ce marché est ouvert à la concurrence internationale, il n'est tout simplement pas possible d'empêcher la participation d'entreprises étrangères à ce marché. Une telle restriction porterait atteinte à l'essence même des accords internationaux et, en particulier, aux principes de concurrence efficace, d'égalité de traitement entre soumissionnaires et d'interdiction des discriminations consacrés dans ces accords.

## 2. DETERMINATION SUR LES TROIS SITUATIONS EVOQUEES DANS LE POSTULAT

Le postulat se réfère à trois situations dans lesquelles des entreprises étrangères, principalement françaises, seraient intervenues dans l'exécution de marchés attribués par le Canton, soit parce qu'elles étaient l'adjudicataire de ce marché, soit parce qu'elles y prenaient part en qualité de sous-traitant :

- des camions français pour l'acheminement des fournitures nécessaires à la réfection des routes ;
- des enquêteurs français mandatés afin de récolter des informations sur le trafic routier (objet déjà traité dans le cadre de la réponse du Conseil d'Etat du 29 août 2018 à l'interpellation Laurence Cretegnny et consorts – Enquêtes de circulation, enquête française sur sol vaudois, en quête de bon sens ? (18\_INT\_192) ;
- une entreprise française mandatée pour une opération pilote pour les produits du terroir dans la restauration collective (objet déjà traité dans le cadre de la réponse du Conseil d'Etat du 5 juin 2019 à l'interpellation Laurence Cretegnny et consorts - Pour la mise en valeur des produits du terroir, les ressources françaises sont-elles bio ? (19\_INT\_309).



## **2.1 Camions français**

Les marchés de travaux portant sur la réfection de route sont, dans la très grande majorité des cas, attribués à des soumissionnaires suisses et non à des soumissionnaires étrangers. Pour l'exécution du marché, certains soumissionnaires vont recourir à des transporteurs étrangers pour acheminer la fourniture nécessaire à la réalisation du marché de travaux. Ce ne sont pas des marchés de transport qui sont attribués à des entreprises étrangères par le canton mais bien des marchés de travaux attribués à des entreprises suisses qui se fournissent parfois à l'étranger.

En vertu de la garantie constitutionnelle de la liberté économique inscrite dans la Constitution fédérale (art. 27 Cst.) et du principe de l'interdiction des discriminations applicable en droit des marchés publics, il n'est pas admissible d'imposer à un soumissionnaire de se fournir exclusivement auprès de transporteurs, de sous-traitants ou de fournisseurs suisses, a fortiori lorsque le marché de travaux en question atteint les seuils internationaux et se trouve dès lors soumis à une concurrence étrangère. Une telle exigence pourrait être contestée lors de la publication de l'appel d'offres dudit marché tant par des entreprises étrangères que par des entreprises suisses, ces dernières étant également susceptibles de solliciter des transporteurs, des sous-traitants ou des fournisseurs étrangers conformément à la garantie constitutionnelle précitée.

## **2.2 Enquêteurs français mandatés afin de récolter des informations sur le trafic routier**

Ces enquêteurs français ont été mandatés à la suite d'un marché de services ouvert à la concurrence internationale organisé conjointement par le Canton de Genève, l'Etat français (Direction départementale des territoires), les Départements de l'Ain et de la Haute-Savoie ainsi que la Région Auvergne-Rhône-Alpes. Ce marché n'était donc pas organisé par le canton de Vaud contrairement à ce que laisse penser le texte du postulat.

Comme déjà évoqué, la participation d'une entreprise française à un marché ouvert à l'international ne peut être empêchée. Il ressort au demeurant de la réponse du Conseil d'Etat du 29 août 2018 à l'interpellation Laurence Cretegnny et consorts – Enquêtes de circulation, enquête française sur sol vaudois, en quête de bon sens ? (18\_INT\_192) que seules deux entreprises françaises avaient déposé une offre dans le cadre de ce marché. Aucune entreprise suisse ne s'y est dès lors intéressée et le marché n'a, de la sorte, pas été adjugé au détriment d'entreprises suisses ou vaudoises.

## **2.3 Entreprise étrangère mandatée pour une opération pilote pour les produits du terroir dans la restauration collective**

La Direction de l'agriculture, de la viticulture et des améliorations foncières (DAGRI) devenue la Direction générale de l'agriculture, de la viticulture et des affaires vétérinaires (DGAV) dans l'intervalle a effectivement attribué un mandat de gré à gré (soit un marché de moins de 150'000 francs) à une entreprise étrangère !

Dans sa réponse du 5 juin 2019 à l'interpellation déposée par la postulante sur ce même objet (19\_INT\_309), le Conseil d'Etat a précisé que l'entité adjudicatrice a cherché, dans le cas d'espèce, une entreprise de conseil en matière de restauration collective pouvant se prévaloir d'une expérience de mise en œuvre concrète de système d'approvisionnement au niveau d'une région et qu'une telle entreprise n'existait pas en Suisse romande au moment de l'attribution du mandat.

Enfin, pour les marchés de moindre importance organisés en procédure sur invitation ou de gré à gré, les adjudicateurs favorisent, dans la très grande majorité des cas, le tissu économique local et n'ont, a priori, pas de raison d'inviter des entreprises étrangères. Ce n'est que dans les rares hypothèses où, pour des prestations de faible ampleur, aucune entreprise locale n'entrerait en ligne de compte, comme ce fut le cas pour le mandat attribué par la DGAV, que les services d'une entreprise étrangère pourraient être exceptionnellement requis.

## **3. STATISTIQUES DES MARCHES INTERNATIONAUX**

Une statistique cantonale des marchés publics publiés attribués par les services adjudicateurs de l'Etat a pu être établie pour les années 2016 à 2020 conformément à la volonté exprimée par la postulante en séance de commission.

Cette statistique se fonde sur les seuls marchés publiés sur la plateforme simap.ch qui constitue, à titre de rappel, l'organe officiel de publication des marchés publics dans le canton de Vaud depuis 2012<sup>1</sup>. Cette statistique ne concerne ainsi que les marchés organisés en procédure ouverte, sélective ou de gré à gré en application d'une clause d'exception (« gré à gré exceptionnel ») qu'ils soient soumis à la concurrence internationale (marchés soumis aux accords internationaux) ou non (marchés nationaux).

Pour rappel, les marchés de services et de fournitures doivent faire l'objet d'une procédure ouverte ou sélective dès 250'000 francs (HT) au niveau national et au niveau international dès 350'000 francs (HT). Au niveau national, les marchés de travaux de second œuvre doivent faire l'objet d'une procédure ouverte ou sélective dès 250'000 francs (HT) et les marchés de travaux de gros œuvre dès 500'000 francs (HT). Les marchés de travaux sont soumis à la concurrence étrangère lorsque la valeur totale de l'ouvrage à réaliser dépasse 8,7 mio de francs (HT).

Comme nous allons le voir, il ressort de cette statistique couvrant les années 2016 à 2020 que les marchés soumis à une obligation de publication sont très largement attribués à des entreprises suisses et cela même lorsque ces marchés sont soumis à la concurrence internationale.

La statistique effectuée pour chacune des années figure en annexe du présent rapport. Celle-ci indique la part totale de marchés adjugés par le Canton pour chaque année en précisant la proportion de marchés soumis aux accords internationaux et non soumis aux accords internationaux dans cette part totale. Elle fournit des indications basées, d'une part, sur le nombre de marchés attribués et, d'autre part, la valeur de ces derniers. Enfin, la statistique identifie les marchés attribués à des adjudicataires suisses et ceux attribués à des adjudicataires étrangers.

Les deux tableaux ci-après présentent de manière synthétique le résultat de la statistique effectuée pour les années 2016 à 2020 :

Année	Valeur totale des marchés adjugés par l'ACV*	Part des marchés adjugés à des entités suisses	Part des marchés adjugés à des entités étrangères
2016	CHF 196'732'576.48	CHF 196'073'794.70 (99.67%)	CHF 658'781.77 (0.33%)
2017	CHF 339'366'735.42	CHF 321'951'969.85 (94.87%)	CHF 17'414'765.57 (5.13%)
2018	CHF 195'469'391.16	CHF 193'923'540.36 (99.21%)	CHF 1'545'850.80 (0.79%)
2019	CHF 193'128'184.22	CHF 188'722'994.75 (97.72%)	CHF 4'405'189.47 (2.28%)
2020	CHF 209'885'235.12	CHF 207'196'937.58 (98.72%)	CHF 2'688'297.54 (1.28%)

*\*marchés publiés sur la plateforme simap.ch uniquement*

Sur la base de ces résultats statistiques, le Conseil d'Etat ne peut logiquement pas suivre la postulante lorsqu'elle prétend dans le développement de son postulat que des entreprises étrangères travaillent souvent pour notre canton.

Il est important de garder à l'esprit que ces statistiques ne portent pas sur les petits marchés non soumis à une obligation de publication. Ainsi tous les marchés organisés en procédure de gré à gré ordinaire ou en procédure sur invitation, dont on sait pertinemment qu'ils sont largement attribués à des soumissionnaires locaux (puisque l'adjudicateur invite les entreprises de son choix au marché), viennent s'ajouter à ces chiffres et augmentent encore la part de marchés attribués à des entreprises suisses sinon vaudoises. Nous ne disposons toutefois pas de statistiques concernant ces marchés non publiés. La mise en place d'un outil susceptible de retracer l'ensemble des adjudications attribuées pour les marchés de moindre importance (procédure sur invitation et de gré à gré) pose plusieurs difficultés.

<sup>1</sup> Des avis continuent de paraître dans la FAO mais de manière non simultanée et ils ne font pas foi contrairement à ceux publiés sur simap.

Contrairement aux marchés publics soumis à une procédure ouverte ou sélective, un passage par la plateforme simap n'est effectif pas obligatoire pour de tels marchés, de sorte qu'il faudrait mettre en place un système de monitoring des adjudications au sein de l'ensemble des services adjudicateurs de l'ACV. Outre la solution technique qu'il conviendrait d'identifier, d'acquiescer ou de développer puis d'implémenter auprès de tous les services adjudicateurs de l'Etat et les aspects liés à la formation et à la sensibilisation du personnel qui devraient immanquablement accompagner ce processus, la saisie de données à des fins statistiques représenterait une charge administrative supplémentaire de prime abord non justifiée pour des marchés de faible ampleur. En effet, de par la grande liberté de choix conférée aux adjudicateurs en procédure de gré à gré et sur invitation, ces petits marchés sont largement attribués à des entreprises locales. Ils devraient, de plus, mobiliser le moins de ressources possibles en favorisant une exécution aussi rapide que possible de la procédure.

Enfin, il convient de ne pas perdre de vue que des entreprises suisses remportent également des marchés publics à l'étranger.

#### **4. CONCLUSION**

Au vu de ce qui précède, les marchés publics organisés par les services adjudicateurs de l'Administration cantonale vaudoise sont très largement attribués à des entreprises suisses, que ces marchés soient soumis ou non à une concurrence internationale. Lorsque les valeurs seuils internationales sont atteintes, seule une très faible part de marchés sont remportés par des entreprises étrangères. En ce qui concerne les marchés de faible ampleur, l'adjudicateur peut choisir les entreprises à inviter au marché et privilégier de la sorte des acteurs de proximité dans la mesure où ils disposent des compétences et qualités requises pour réaliser le marché. Les adjudicataires de marchés organisés en procédure de gré à gré ou sur invitation sont, pour ces raisons, très souvent issus du tissu économique local. Enfin, si les adjudicateurs peuvent, il est vrai, user de leur liberté de choix pour favoriser dans une certaine mesure les entreprises locales, il convient de ne pas perdre de vue que les entreprises adjudicataires de marché ont également un rôle à jouer à cet égard en recourant, lorsque cela est possible, à des sous-traitants, à des entreprises de transport ou à des fournisseurs de proximité.

## Annexes

## Statistique annuelle des marchés adjugés par le Canton et publiés sur la plateforme simap.ch

2016

Marchés soumis et non soumis aux accords internationaux	Valeur totale des marchés adjugés par le canton de Vaud (sans TVA)	Valeur totale des marchés adjugés par le canton de Vaud à des <b>entreprises suisses</b> (sans TVA)		Valeur totale des marchés adjugés par le canton de Vaud à des <b>entreprises étrangères</b> (sans TVA)	
	<i>en CHF</i>	<i>en CHF</i>	<i>en %</i>	<i>en CHF</i>	<i>en %</i>
	196'732'576.48	196'073'794.70	99.67%	658'781.77	0.33%
	Nombre total de marchés adjugés par le canton de Vaud	Nombre de marchés adjugés par le canton de Vaud à des entreprises suisses		Nombre de marchés adjugés par le canton de Vaud à des entreprises étrangères	
	<i>en chiffres</i>	<i>en chiffres</i>	<i>en %</i>	<i>en chiffres</i>	<i>en %</i>
124	122	98.39%	2	1.61%	
	Valeur totale des marchés non soumis aux accords internationaux adjugés par le canton de Vaud (sans TVA)	Valeur totale des marchés soumis aux accords internationaux adjugés par le canton de Vaud (sans TVA)			
	<i>en CHF</i>	<i>en CHF</i>			
	54'831'031.16	141'521'545.32			
	<i>en pourcentage</i>	<i>en pourcentage</i>			
	27.87%	71.94%			

2017

Marchés soumis et non soumis aux accords internationaux	Valeur totale des marchés adjugés par le canton de Vaud (sans TVA)	Valeur totale des marchés adjugés par le canton de Vaud à des <b>entreprises suisses</b> (sans TVA)		Valeur totale des marchés adjugés par le canton de Vaud à des <b>entreprises étrangères</b> (sans TVA)	
	<i>en CHF</i>	<i>en CHF</i>	<i>en %</i>	<i>en CHF</i>	<i>en %</i>
	339'366'735.42	321'951'969.85	94.87%	17'414'765.57	5.13%
	Nombre total de marchés adjugés par le canton de Vaud	Nombre de marchés adjugés par le canton de Vaud à des entreprises suisses		Nombre de marchés adjugés par le canton de Vaud à des entreprises étrangères	
	<i>en chiffres</i>	<i>en chiffres</i>	<i>en %</i>	<i>en chiffres</i>	<i>en %</i>
	162	157	96.91%	5	3.09%
		Valeur totale des marchés non soumis aux accords internationaux adjugés par le canton de Vaud (sans TVA)	Valeur totale des marchés soumis aux accords internationaux adjugés par le canton de Vaud (sans TVA)		
	<i>en CHF</i>	<i>en CHF</i>			
	35'870'257.07	303'255'430.99			
	<i>en pourcentage</i>	<i>en pourcentage</i>			
	10.57%	89.36%			



2018

Marchés soumis et non soumis aux accords internationaux	Valeur totale des marchés adjugés par le canton de Vaud (sans TVA)	Valeur totale des marchés adjugés par le canton de Vaud à des <b>entreprises suisses</b> (sans TVA)		Valeur totale des marchés adjugés par le canton de Vaud à des <b>entreprises étrangères</b> (sans TVA)	
	<i>en CHF</i>	<i>en CHF</i>	<i>en %</i>	<i>en CHF</i>	<i>en %</i>
	195'469'391.16	193'923'540.36	99.21%	1'545'850.80	0.79%
	Nombre total de marchés adjugés par le canton de Vaud	Nombre de marchés adjugés par le canton de Vaud à des entreprises suisses		Nombre de marchés adjugés par le canton de Vaud à des entreprises étrangères	
	<i>en chiffres</i>	<i>en chiffres</i>	<i>en %</i>	<i>en chiffres</i>	<i>en %</i>
	120	117	97.50%	3	2.50%
		Valeur totale des marchés non soumis aux accords internationaux adjugés par le canton de Vaud (sans TVA)	Valeur totale des marchés soumis aux accords internationaux adjugés par le canton de Vaud (sans TVA)		
	<i>en CHF</i>	<i>en CHF</i>			
	21'791'570.27	173'244'002.86			
	<i>en pourcentage</i>	<i>en pourcentage</i>			
	11.15%	88.63%			

2019

Marchés soumis et non soumis aux accords internationaux	Valeur totale des marchés adjugés par le canton de Vaud (sans TVA)	Valeur totale des marchés adjugés par le canton de Vaud à des <b>entreprises suisses</b> (sans TVA)		Valeur totale des marchés adjugés par le canton de Vaud à des <b>entreprises étrangères</b> (sans TVA)	
	<i>en CHF</i>	<i>en CHF</i>	<i>en %</i>	<i>en CHF</i>	<i>en %</i>
	193'128'184.22	188'722'994.75	97.72%	4'405'189.47	2.28%
	Nombre total de marchés adjugés par le canton de Vaud	Nombre de marchés adjugés par le canton de Vaud à des entreprises suisses		Nombre de marchés adjugés par le canton de Vaud à des entreprises étrangères	
	<i>en chiffres</i>	<i>en chiffres</i>	<i>en %</i>	<i>en chiffres</i>	<i>en %</i>
	179	176	98.32%	3	1.68%
		Valeur totale des marchés non soumis aux accords internationaux adjugés par le canton de Vaud (sans TVA)	Valeur totale des marchés soumis aux accords internationaux adjugés par le canton de Vaud (sans TVA)		
	<i>en CHF</i>	<i>en CHF</i>			
	21'872'318.83	171'255'865.40			
	<i>en pourcentage</i>	<i>en pourcentage</i>			
	11.33%	88.67%			

2020

Marchés soumis et non soumis aux accords internationaux	Valeur totale des marchés adjugés par le canton de Vaud (sans TVA)	Valeur totale des marchés adjugés par le canton de Vaud à des <b>entreprises suisses</b> (sans TVA)		Valeur totale des marchés adjugés par le canton de Vaud à des <b>entreprises étrangères</b> (sans TVA)	
	<i>en CHF</i>	<i>en CHF</i>	<i>en %</i>	<i>en CHF</i>	<i>en %</i>
	209'885'235.12	207'196'937.58	98.72%	2'688'297.54	1.28%
	Nombre total de marchés adjugés par le canton de Vaud	Nombre de marchés adjugés par le canton de Vaud à des entreprises suisses		Nombre de marchés adjugés par le canton de Vaud à des entreprises étrangères	
	<i>en chiffres</i>	<i>en chiffres</i>	<i>en %</i>	<i>en chiffres</i>	<i>en %</i>
	133	127	95.49%	6	4.51%
		Valeur totale des marchés non soumis aux accords internationaux adjugés par le canton de Vaud (sans TVA)	Valeur totale des marchés soumis aux accords internationaux adjugés par le canton de Vaud (sans TVA)		
	<i>en CHF</i>	<i>en CHF</i>			
	39'847'422.88	170'037'812.24			
	<i>en pourcentage</i>	<i>en pourcentage</i>			
	18.99%	81.01%			

### **3.4 Postulat Patrick Vallat et consorts – Modifications de la Loi vaudoise sur les marchés publics et de son règlement d'application, mesures d'allègement et de clarification administratives (13\_POS\_050)**

#### **Rappel du postulat**

*La législation cantonale sur les marchés publics touche toutes collectivités publiques et privées selon la définition qui en est donnée en son article 1, mais également toutes collectivités privées des domaines de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, ainsi que des équipements portuaires et aéroportuaires, sous réserve d'une décision d'exemption dûment approuvée au niveau fédéral.*

*A part les adaptations liées à la révision en 2001 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), entrées en force dans le canton de Vaud le 1er septembre 2004, cette législation n'a subi que quelques modifications d'ordre cosmétique ou en conséquence des arrêts des Tribunaux cantonal et fédéral.*

*Il est constaté que certaines règles actuelles ne correspondent plus, pas ou peu à la pratique administrative des entités assujetties.*

*Dans la continuité de la révision de l'accord OMC sur les marchés publics (AMP-OMC), il est venu le temps pour qu'une remise en question en profondeur soit menée au niveau cantonal et par incidence au niveau intercantonal, ceci dans le but d'améliorer les pratiques et d'alléger le travail administratif, tant des entités assujetties que des entreprises et bureaux soumissionnaires, notamment grâce à l'évolution des technologies de l'information et de la dématérialisation des procédures. Il est bon de rappeler que les clarifications et mesures demandées au Conseil d'Etat permettront de limiter les risques de recours, donc d'éviter des perturbations dans le développement et la réalisation des projets grâce à des délais maîtrisés.*

*Il est précisé qu'en vertu du fédéralisme qui prévaut dans le domaine des marchés publics, le canton de Vaud peut rédiger librement des règles tant qu'elles ne sont pas contraires aux traités internationaux signés par la Suisse. Afin de ne pas rompre le processus d'harmonisation intercantonale via l'AIMP qui a permis la mise en place de la plateforme officielle internet du système d'information sur les marchés publics en Suisse (SIMAP.CH) et l'élaboration du Guide romand des marchés publics (GIMAP-romand), l'objet de la présente motion devrait également être discuté auprès de la Conférence romande des marchés publics (CROMP) et de la CDTAPSOL (organe réunissant les cantons de la CDTAP de Suisse occidentale et latine).*

*L'article 3a, alinéa 3, de la législation cantonale vaudoise, oblige à mettre en place des dispositions réglementaires qui permettent d'harmoniser les pratiques des entités concernées. Force est de constater que cet objectif n'est pas encore atteint malgré l'existence de certains outils et des évolutions technologiques, et à cause de l'imprécision de certaines règles, voire l'absence de certaines règles ou de règles différentes par rapport au texte de l'AIMP.*

*Cette réforme devrait aborder tous les aspects des procédures de mise en concurrence, y compris la procédure de « gré à gré concurrentiel » largement utilisée mais illégale actuellement, l'abandon des publications officielles dans la FAO au profit de la plateforme nationale SIMAP.CH, l'autorisation des règles du gré à gré lorsqu'il n'y a qu'une offre déposée ou que toutes les offres déposées sont au-dessus du budget alloué, la réduction du délai de dépôt des offres lors d'une procédure ouverte au niveau national,*

*Les réflexions devraient également porter sur l'utilisation plus intensive des technologies de l'information, notamment sur les qualifications des entreprises et leur paiement des charges sociales et fiscales, la mise en concurrence électronique des procédures sur invitation, l'introduction de la signature électronique, etc...*

*L'obligation d'application des normes SIA 142 et 143 sur les concours et les mandats d'études parallèles seraient acceptables si la méthode de calcul de la planche de prix et des indemnités n'était pas imposée.*

*L'article 8, alinéa 2, lettre j) et l'article 14, alinéa 2, de la loi cantonale sur les marchés publics mentionne que le Conseil d'Etat, via le DIRH, est l'autorité de surveillance et doit de ce fait réglementer la surveillance et l'information des adjudicateurs. Au vu des problèmes récurrents que la Cour des comptes soulève lors de leurs audits des entités assujetties, il est demandé que l'Etat reprenne la main sur la haute surveillance des marchés publics et de son application sans qu'elle ne soit reprise par défaut par des organismes privés, tel que dernièrement l'Observatoire (sic) vaudois (re-sic) des marchés publics, et renforce les prestations du Centre de compétences des marchés publics du DIRH dans les domaines des conseils juridiques et pratiques, de la formation et de l'information, notamment par le biais du SIMAP.CH et des standards du Guide romand des marchés publics dont l'utilité n'est plus à démontrer.*

*Le postulat (à l'origine une motion) a été déposé le 21 mai 2013, signé par son auteur et 29 cosignataires.*

## Rapport du Conseil d'Etat

### 1. INTRODUCTION

Le postulant souhaite que le Conseil d'Etat examine l'opportunité de modifier la législation cantonale sur les marchés publics afin d'y intégrer une série de nouvelles mesures. Ces dernières portent sur l'introduction du gré à gré dit « concurrentiel » dans le droit vaudois des marchés publics, l'abandon des publications officielles dans la Feuille des avis officiels (FAO) au profit de la plateforme simap.ch, l'autorisation du gré à gré lorsqu'une seule offre est déposée ou lorsque toutes les offres déposées se situent au-dessus du budget alloué, la réduction du délai de dépôt des offres dans le cadre d'une procédure ouverte au niveau national ainsi que l'utilisation plus intensive des technologies de l'information, notamment sur les qualifications des entreprises et le paiement des charges sociales et fiscales, la mise en concurrence électronique des procédures sur invitation et l'introduction de la signature électronique. Le postulant souhaite également rendre obligatoire l'application des règlements SIA 142 (concours) et 143 (mandats d'étude parallèles) sans imposer toutefois la méthode de calcul de la planche de prix et les indemnités. Il demande enfin que le Département des infrastructures et des ressources humaines (DIRH) reprenne la main sur la haute surveillance des marchés publics et son application de même que celui-ci renforce les prestations du Centre de compétences sur les marchés publics (CCMP-VD) dans les domaines des conseils juridiques et pratiques, de la formation et de l'information.

Toutefois, avant d'examiner plus en détail ces différentes mesures, il convient de rappeler le contexte législatif particulier dans lequel s'inscrit le traitement du présent postulat. Une révision du droit des marchés publics aux niveaux international, fédéral et intercantonal est en effet intervenue depuis lors et le canton de Vaud entend adhérer au nouvel accord intercantonal (AIMP 2019) (cf. chapitres 1 et 2 de l'exposé des motifs et projet de loi sur les marchés publics). De ce fait, tant le nouvel accord international sur les marchés publics (AMP 2012) entré en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> janvier 2021 que le nouvel accord intercantonal (AIMP 2019) adopté à l'unanimité des cantons le 15 novembre 2019 constituent du droit supérieur au droit cantonal. La marge de manœuvre du canton dans la révision de son droit (LMP-VD, RLMP-VD) est donc limitée, celui-ci ne pouvant pas prévoir de dispositions qui se révéleraient contraires à celles de l'AMP 2012 et de l'AIMP 2019. Enfin, le processus de transposition de l'AMP 2012 dans le droit national venait de débiter lorsque le postulat a été déposé en 2013. Aussi, bon nombre des demandes formulées par le postulant sont aujourd'hui comprises dans l'AIMP 2019.

### 2. EXAMEN DES DIFFÉRENTES MESURES PROPOSÉES

#### 2.1 Introduction du gré à gré dit « concurrentiel » dans le droit cantonal des marchés publics

La procédure de gré à gré « concurrentiel » est expressément prévue dans l'AIMP 2019, à son article 21, alinéa 1, seconde phrase. Cette disposition prévoit que l'adjudicateur peut demander des offres à des fins de comparaison et procéder à des négociations. L'adhésion à l'AIMP 2019 permet dès lors de satisfaire à la demande du postulant quant à l'introduction de la procédure de gré à gré « concurrentiel ». Cette modalité du gré à gré « ordinaire » étant déjà comprise sur le plan intercantonal, il n'est pas nécessaire de la reprendre à son tour dans la législation cantonale.

Au demeurant, il convient de rappeler que, en réponse à la motion Jacques Haldy et consorts « pour permettre le gré à gré concurrentiel » du 14 janvier 2014 (14\_MOT\_037), le gré à gré « concurrentiel » (ou gré à gré « comparatif ») a été introduit le 1<sup>er</sup> juillet 2017 à l'article 7, alinéa 1, lettre c, seconde phrase de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD). Dans la foulée de cette modification législative, le CCMP-VD a émis des recommandations en la matière, dans le but d'aiguiller les adjudicateurs dans le déroulement d'une telle procédure. Ces dernières sont disponibles à tout un chacun sur le site internet de l'Etat de Vaud.

#### 2.2 Abandon des publications officielles dans la Feuille des avis officiels (FAO) au profit de la plateforme simap.ch

Le 1<sup>er</sup> juillet 2012 déjà, la plateforme simap.ch est devenue l'organe officiel de publication des marchés publics sur sol vaudois à la suite de l'entrée en vigueur de la modification de l'article 8, alinéa 2, lettre a LMP-VD et de la modification de l'article 11 RLMP-VD. Seuls des résumés des avis d'appels d'offres parus sur la plateforme simap continuent depuis cette date d'être publiés dans la FAO à seule fin d'information. Le droit intercantonal révisé institue lui aussi la plateforme simap.ch comme organe de publication officiel (cf. art. 48, al. 1 AIMP 2019), tout en permettant aux cantons de prévoir des organes de publications supplémentaires (cf. art. 48, al. 7 AIMP 2019).

Le projet d'article 18 du nouveau règlement d'application de la loi sur les marchés publics (P-RLMP-VD), dans la mesure où il désigne la plateforme simap.ch comme unique organe officiel de publication des marchés publics (cf. al. 1) et la FAO comme organe de publication supplémentaire (cf. al. 2), reprend de la sorte les exigences du droit intercantonal en matière de publication. Il s'inscrit en outre dans la continuité du droit en vigueur. Ainsi, au regard de ce qui précède, une adhésion à l'AIMP 2019 et l'adoption du droit cantonal révisé permettent de répondre à la demande du postulant sur ce point.

### **2.3 Autorisation du gré à gré lorsqu'une seule offre est déposée**

La procédure de gré à gré selon conditions (aussi appelée « appel d'offres limité » dans la terminologie des accords internationaux ou gré à gré « exceptionnel » par les praticiens) est une procédure d'exception qui permet à l'adjudicateur d'attribuer directement un marché à un prestataire alors que la valeur de ce marché atteint les seuils exigeant la mise en place d'une procédure de mise en concurrence (procédure sur invitation ou procédure ouverte ou sélective). Les circonstances dans lesquelles une telle procédure d'exception peut être suivie sont énoncées exhaustivement par le droit international (cf. art. XIII AMP 2012) et sont interprétées restrictivement par la jurisprudence, dès lors qu'elles constituent des entorses au principe de concurrence efficace prôné par le droit des marchés publics.

La révision du droit international sur les marchés publics (AMP 2012) n'a pas amené de nouvelles clauses d'exception autorisant le recours à une procédure de gré à gré selon conditions. L'AIMP 2019 – ne prévoit pas non plus de nouvelles clauses d'exception pour cette procédure (cf. art. 21, al. 2). Tant l'AMP 2012 que l'AIMP 2019 dressent ainsi exhaustivement la liste des clauses d'exception applicables.

Aussi, au vu de la marge de manœuvre limitée dont dispose le Canton de Vaud dans la perspective de son adhésion à l'AIMP 2019 et dès lors que les motifs de gré à gré sous conditions sont exhaustivement listés aux niveaux international et intercantonal, celui-ci ne peut prévoir des clauses d'exception supplémentaires dans son propre droit cantonal. Cela étant et indépendamment de la problématique de la conformité de la proposition du postulant avec le droit supérieur, instaurer une nouvelle clause d'exception dans la situation où une seule offre serait déposée n'apparaît pas opportun. En effet, l'objectif visé par la proposition du postulant est ici sans doute de pouvoir autoriser le pouvoir adjudicateur à entrer en négociations avec le seul soumissionnaire attiré par le marché, ce que la procédure de gré à gré autorise mais que les procédures sur invitation, ouverte ou sélective prohibent (cf. art. 11, al. 1, let. d et art. 21, al. 1 AIMP 2019 ; art. 35 RLMP-VD). Or, lorsqu'un soumissionnaire est mis en concurrence dans le cadre d'une procédure sur invitation, ouverte ou sélective, il établit son offre en tenant précisément compte de cette situation de concurrence et du fait que d'autres soumissionnaires seront intéressés au marché. Chaque soumissionnaire va ainsi chercher à formuler sa meilleure offre au meilleur prix pour être compétitif. Dans ces circonstances, le soumissionnaire qui se retrouverait seul en lice à la réception des offres d'une procédure de mise en concurrence ne devrait pas entrer en négociations avec l'adjudicateur. L'établissement d'une offre et la formulation d'un prix n'interviennent en effet pas de la même manière selon qu'un soumissionnaire est mis en concurrence ou entre en négociations avec l'adjudicateur. De plus, il n'est pas à exclure qu'un soumissionnaire ayant déjà formulé une offre compétitive dans le cadre d'une mise en concurrence soit soumis, par le jeu de négociations avec l'adjudicateur intervenant dans le cadre d'une procédure de gré à gré ultérieure, à une pression supplémentaire sur les prix déposés. Il convient de relever également que l'adjudicateur, qui ne recevrait qu'une seule offre dans une procédure soumise à la concurrence et qui souhaiterait précisément invoquer ce fait à l'appui d'une adjudication de gré à gré ultérieure devrait préalablement interrompre la première procédure engagée en ouvrant une voie de recours avant de pouvoir organiser une procédure de gré à gré selon conditions. Aucune exigence légale n'obligerait alors l'adjudicateur, dans le cadre de la procédure de gré à gré exceptionnel ultérieure, à adjuger son marché au seul soumissionnaire ayant pris part à la procédure de mise en concurrence initiale. De ce fait, le soumissionnaire arrivé seul en lice pourrait contester l'interruption de la première procédure dès lors qu'il ne dispose d'aucune garantie à ce que l'adjudicateur le sollicite en vue de lui adjuger ultérieurement le marché de gré à gré en application d'une clause d'exception.

Au demeurant, tant l'article 21, alinéa 2, lettre a AIMP 2019 que l'art. XIII, alinéa 1, lettre a, chiffres i et ii AMP 2012 prévoient la possibilité de recourir au gré à gré sous conditions dans l'hypothèse où aucune offre n'est présentée dans le cadre de la procédure ouverte, sélective ou sur invitation, aucune offre ne satisfait aux exigences essentielles de l'appel d'offres ou aucun soumissionnaire ne répond aux critères d'aptitude. Il apparaît ainsi que le législateur a entendu autoriser la procédure de gré à gré sous conditions dans la situation exceptionnelle où la procédure de mise en concurrence ne débouche sur aucune offre et non dans la situation où une seule offre serait déposée.



Pour toutes ces raisons, le Conseil d'Etat renonce à prévoir pour le seul Canton de Vaud une nouvelle clause d'exception pour la procédure de gré à gré sous conditions. Si faut-elle qu'elle soit compatible avec le nouvel article 21, alinéa 2 AIMP 2019, elle n'en représenterait pas moins une solution non harmonisée et inopportune pour les motifs évoqués.

#### **2.4 Autorisation du gré à gré lorsque toutes les offres déposées se situent au-dessus du budget alloué**

Ainsi qu'exposé ci-dessus, l'introduction d'une nouvelle clause d'exception dans la législation cantonale entre en contradiction avec le droit supérieur, en particulier avec les articles XIII AMP 2012 et 21, alinéa 2 AIMP 2019.

Il convient en outre de rappeler que la situation dans laquelle toutes les offres déposées dépassent le montant du crédit alloué pour le marché constitue précisément un motif d'interruption, de répétition ou de renouvellement de la procédure au sens de l'article 43, alinéa 1, lettre d AIMP 2019. L'adjudicateur a donc la possibilité d'interrompre et de relancer une procédure lorsque les offres déposées sont trop chères, mais pas celle de choisir librement le soumissionnaire de son choix pour négocier avec lui le montant de son offre à la baisse, de manière à ce qu'elle entre éventuellement dans le cadre du budget alloué. Il ne suffit par ailleurs pas que les offres déposées soient simplement plus élevées que le devis. La jurisprudence considère en effet qu'une interruption de la procédure se justifie uniquement dans les cas dans lesquels les offres dépassent de plus de 25% le budget accordé.

Enfin, comme la détermination du budget incombe à l'adjudicateur, il ne serait pas impossible que certains adjudicateurs prennent le risque de sous-évaluer volontairement leur devis, dans le but de recevoir des offres trop chères et de pouvoir au final procéder de gré à gré avec le soumissionnaire de leur choix. Ce nouveau motif de gré à gré sous conditions présenterait de la sorte des risques évidents de contournements de la législation.

Pour ces raisons, le Conseil d'Etat rejette la proposition.

#### **2.5 Réduction du délai de dépôt des offres dans le cadre d'une procédure ouverte au niveau national**

L'article 46, alinéa 4 AIMP 2019 prévoit que le délai de remise des offres est en général d'au moins 20 jours pour les marchés non soumis aux accords internationaux. Dans le cas de prestations largement standardisées, il peut même être réduit à 5 jours au minimum. L'adhésion du Canton de Vaud à l'AIMP 2019 permet dès lors de satisfaire à la demande du postulant sur ce point. Celui-ci a en effet précisé lors de la séance de commission du 23 août 2013 vouloir un abaissement du délai de remises des offres à 20 jours dans le cadre d'une procédure ouverte au niveau national (cf. rapport de la commission du 7 octobre 2013, p. 4).

#### **2.6 Utilisation plus intensive des technologies de l'information : mise en concurrence électronique des procédures sur invitation, introduction de la signature électronique, qualifications des entreprises et paiement des charges sociales et fiscales**

Encourager l'utilisation des technologies modernes de l'information a été l'un des objectifs de la révision du droit international des marchés publics (AMP 2012). Le recours aux moyens électronique pour la passation des marchés des publics a d'ailleurs été promu au rang de principe général (cf. art. IV, al. 3 AMP 2012).

L'AIMP 2019, quant à lui, met également en avant une utilisation plus intensive des technologies de l'information. Il prévoit notamment, à son article 34, alinéa 2, la possibilité pour les soumissionnaires de déposer leur offre par voie électronique, y compris dans le cadre d'une procédure sur invitation. La question de l'introduction de la signature électronique dans le domaine des marchés publics, quant à elle, est indissociable de celle du retour électronique des offres. Ainsi, l'adhésion à l'AIMP 2019 permet de satisfaire à la demande du postulant portant sur la mise en concurrence électronique des procédures sur invitation ainsi que sur l'introduction de la signature électronique. Une modification de la législation cantonale ne se révèle à cet égard pas nécessaire. A noter toutefois que, en l'état actuel des connaissances, la fonctionnalité qui devrait permettre la remise électronique des offres sur simap.ch ne devrait pas être disponible avant 2023 et la mise en exploitation de la nouvelle plateforme (projet KISSimap.ch, lancé en janvier 2020).

S'agissant de l'utilisation des technologies de l'information relatives aux qualifications des entreprises et au paiement de leurs charges sociales et fiscales, une autre fonctionnalité de la nouvelle plateforme simap.ch consistera à donner la possibilité aux soumissionnaires de déposer des documents sur cette dernière. Ceux-ci éviteront de cette manière d'avoir à remplir une partie des documents exigés par l'adjudicateur en relation avec le marché visé. Au regard des objectifs fixés dans le cadre du projet KISSimap.ch, cette fonctionnalité ne devrait cependant pas voir le jour avant 2026. Dès lors, de l'avis du Conseil d'Etat, il appartient d'attendre l'évolution de la plateforme simap.ch sur ce point, une modification de la législation cantonale n'ayant aucun impact sur la disponibilité de cette fonction pour les soumissionnaires vaudois.

Une autre avancée majeure apportée par l'AMP 2012 et l'AIMP 2019 allant dans le sens d'une meilleure utilisation des technologies de l'information dans les marchés publics est la possibilité pour les adjudicateurs de mettre en place un système d'enchères électroniques lorsqu'il s'agit d'acquérir des prestations standardisées (cf. art. XIV AMP 2012 et art. 23 AIMP 2019). L'adhésion à l'AIMP 2019 permettra donc aux adjudicateurs vaudois de profiter de ce nouvel instrument.

## **2.7 Obligation d'appliquer les règlements SIA 142 (concours) et 143 (mandats d'étude parallèles) sans imposer la méthode de calcul de la planche de prix ainsi que les indemnités**

Tant l'article 12, alinéa 3 AIMP que le nouvel article 22 AIMP 2019 relatifs aux concours et aux mandats d'étude parallèles (MEP) précisent que l'adjudicateur peut se référer aux règles édictées en la matière par les associations professionnelles, conférant par là même un caractère dispositif à des règlements du type de ceux proposés par la SIA. Cette disposition vise essentiellement le règlement SIA 142 relatifs aux concours d'architecture et d'ingénierie et le règlement SIA 143 relatif aux mandats d'étude parallèles d'architecture et d'ingénierie. Ainsi, tant le droit intercantonal actuellement en vigueur que le droit intercantonal révisé n'imposent pas l'utilisation de ces derniers. Ils laissent la liberté à l'adjudicateur de définir lui-même les règles applicables à ses procédures de concours ou de MEP, tout en lui rappelant qu'il est en droit de se référer à ces règlements dans ce cadre.

Aussi, quand bien même il est indéniable que les règlements SIA 142 et SIA 143 ont une grande importance pratique, ce que les commentaires de l'article 22 AIMP 2019 et du chapitre III du projet de règlement sur les marchés publics (P-RLMP-VD) rappellent d'ailleurs expressément, il convient de garder à l'esprit qu'il s'agit de règlements privés. D'une part, ceux-ci s'appliquent uniquement s'ils sont intégrés dans les documents d'appel d'offres. Ils ne peuvent d'autre part déroger aux dispositions (impératives) du droit des marchés publics en vigueur. Il est possible de s'y référer à des fins d'interprétation ou pour combler des lacunes. Il n'est dès lors pas juridiquement admissible d'obliger des adjudicateurs à appliquer des normes émanant d'organismes privés et, partant, de les ériger au rang de lois.

Pour ces raisons, le Conseil d'Etat ne juge pas opportune la proposition du postulant visant à rendre obligatoire l'application du règlement SIA 142 aux concours et du règlement SIA 143 aux MEP lancés par un adjudicateur. Certaines exigences découlant de ces derniers (exigence de l'anonymat dans les concours, composition du jury) ont d'ailleurs été reprises dans le projet de règlement sur les marchés publics (P-RLMP-VD), aux articles 5 à 10, et bénéficient dès lors d'un ancrage réglementaire. S'agissant de la méthode de calcul de la planche de prix, un adjudicateur peut choisir de ne pas intégrer le règlement SIA 142, respectivement le règlement SIA 143, à sa procédure et, partant, choisir librement une méthode de calcul. Il peut également intégrer le règlement SIA 142, respectivement le règlement SIA 143, à sa procédure et choisir une autre méthode de calcul que celle proposée dans ceux-ci, ce pour autant qu'il y déroge de manière explicite.

## **2.8 Reprise de la main par le DIRH en tant qu'autorité de surveillance sur la haute surveillance des marchés publics et son application**

Le projet de nouvelle loi cantonale sur les marchés publics (P-LMP-VD) contient désormais un article 10 énumérant – de manière non exhaustive – les principales tâches revenant au DIRH en sa qualité d'autorité de surveillance. Il s'agit pour celui-ci, d'une part, de veiller au respect de l'AIMP et de la législation vaudoise sur les marchés publics par les adjudicateurs, les soumissionnaires et leurs sous-traitants. D'autre part, il lui appartient de prononcer les sanctions et d'édicter les instructions prévues par l'article 45 AIMP 2019. Ces sanctions sont l'exclusion des marchés publics futurs pour une durée maximale de cinq ans et l'amende, qui peut aller jusqu'à 10% du prix final de l'offre. L'adhésion à l'AIMP 2019 et l'adoption du droit cantonal révisé permettront par conséquent d'ancrer désormais au niveau légal ces tâches incombant à l'autorité de surveillance des marchés publics.

La portée de la surveillance est cependant une question délicate. Une surveillance accrue des pouvoirs adjudicateurs implique en effet une ingérence de l'Autorité de surveillance, et donc du canton, dans le fonctionnement des entités adjudicatrices – parmi lesquelles de nombreuses communes - et leur manière d'appliquer la législation sur les marchés publics. Une surveillance trop marquée des adjudicateurs vaudois n'est pour ces raisons déjà pas souhaitée par le Conseil d'Etat. De plus, il convient de ne pas perdre de vue que le contrôle juridictionnel en droit des marchés publics appartient et doit continuer d'appartenir à la seule autorité judiciaire saisie sur recours, soit la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal. Une surveillance accrue irait finalement à l'encontre de l'objectif de simplification administrative recherché par le présent postulat, dès lors qu'elle pourrait provoquer de longs blocages dans les procédures et retarder l'acquisition de prestations par les collectivités publiques.

## **2.9 Renforcement des prestations du CCMP-VD dans les domaines des conseils juridiques et pratiques, de la formation et de l'information**

Depuis de nombreuses années, le CCMP-VD assure pleinement sa mission consistant à promouvoir la bonne application de la législation sur les marchés publics par les pouvoirs adjudicateurs vaudois. Il a ainsi répondu en 2020 à près de 240 questions (180 par écrit et 59 par oral), dont une grande partie provenait de pouvoirs adjudicateurs communaux et d'organiseurs de procédures mandatés par une collectivité publique. Cela représente plus de 80 réponses annuelles supplémentaires données qu'en 2015. En outre, depuis fin 2012, le CCMP-VD rédige une chronique paraissant quatre fois par année dans le périodique « Canton-Communes », qui présente des problématiques rencontrées par les communes ou leurs mandataires dans le cadre de l'application des marchés publics. Il veille au demeurant à tenir informés les correspondants marchés publics de l'ACV ainsi que les communes des dernières modifications législatives en matière de marchés publics, notamment par l'envoi de courriels ou par la publication d'une actualité sur les pages internet de l'Etat de Vaud. Par ailleurs, il s'emploie continuellement à établir des recommandations écrites librement accessibles en ligne, à l'instar de celles portant sur la modalité du gré à gré comparatif. Il organise enfin depuis presque vingt ans (2003) des cours de formation sur les marchés publics auprès du Centre d'éducation permanente (CEP). L'offre de cours s'est à cet égard enrichie depuis 2013, date du dépôt du postulat, puisqu'une formation se déroulant sur deux jours est désormais proposée. A noter que l'Etat de Vaud continuera dans le futur de doter le CCMP-VD des moyens suffisants pour qu'il puisse pleinement assurer ses tâches actuelles.

Le projet de nouvelle loi cantonale sur les marchés publics (P-LMP-VD) contient au surplus une disposition sur le CCMP-VD, à son article 12. Cette dernière énumère, de manière non exhaustive, les tâches de cette entité et indique le département auquel elle est rattachée (à savoir, le DIRH). Ainsi, la révision du droit vaudois des marchés publics constitue l'occasion d'ancrer le CCMP-VD au niveau légal et d'énumérer formellement ses tâches, si bien que son adoption contribuera d'une certaine manière à renforcer son rôle de centre de compétence.

## **3. CONCLUSION**

L'adhésion à l'AIMP 2019 permettra de satisfaire pleinement aux demandes du postulant portant sur la réduction du délai de dépôt des offres dans le cadre d'une procédure ouverte au niveau national et l'utilisation plus intensive des technologies de l'information. Au demeurant, cet accord introduit au niveau intercantonal la procédure de gré à gré dit « concurrentiel », que la législation vaudoise sur les marchés publics connaît depuis 2017 déjà. Le P-LMP-VD, quant à lui, reprend la règle actuellement en vigueur instituant la plateforme [simap.ch](http://simap.ch) en tant qu'unique organe officiel de publication, si bien que son adoption permettra de répondre à la demande du postulant visant à abandonner les publications officielles dans la FAO au profit de cette plateforme. L'ajout de deux nouveaux motifs d'exception autorisant un adjudicateur à procéder de gré à gré sous conditions n'est en revanche pas compatible avec le droit supérieur (accords internationaux et AIMP 2019). Enfin, le Conseil d'Etat ne juge pas opportun de rendre obligatoire l'application des règlements SIA 142 et 143 ni de prévoir des mesures supplémentaires concernant l'autorité de surveillance des marchés publics et le CCMP-VD. Le projet de nouveau règlement sur les marchés publics (P-RLMP-VD) prévoit en effet de nouvelles dispositions en lien avec les concours et les mandats d'étude parallèles : ces dernières traitent notamment de la valeur des concours et des mandats d'étude parallèles (art. 7), de la composition du jury (art. 8) et de l'anonymat dans les concours (art. 9). Le P-LMP-VD précise, pour sa part, le rôle et les tâches respectives de l'autorité de surveillance et du centre de compétences sur les marchés publics.

## **4. CONSEQUENCES**

### **4.1 Constitutionnelles, légales et réglementaires (y.c. eurocompatibilité)**

Le présent projet ne nécessite pas de révision de la Constitution vaudoise. Il consiste en l'adoption d'un décret autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP 2019) ainsi qu'en l'adoption de la révision de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD ; BLV 726.01).

### **4.2 Financières (budget ordinaire, charges d'intérêt, autres)**

La révision des législations intercantonale et cantonale sur les marchés publics permet avant tout de clarifier le droit actuellement en vigueur, sans pour autant modifier sensiblement les règles applicables en la matière. Le budget de l'Etat ne devrait donc pas être impacté par le nouveau droit sur les marchés publics. Les ressources actuellement disponibles devraient au demeurant permettre à celui-ci de continuer à accomplir ses différentes tâches, en particulier celles relatives à la formation du personnel des administrations publiques.

### **4.3 Conséquences en terme de risques et d'incertitudes sur les plans financier et économique**

Néant.

### **4.4 Personnel**

Pour les mêmes raisons qu'exposées au point 4.2 ci-dessus, la révision de la législation sur les marchés publics ne devrait pas nécessiter l'engagement de ressources en personnel supplémentaires au sein de l'ACV.

### **4.5 Communes**

A l'image du canton, la révision de la législation sur les marchés publics ne devrait pas avoir d'impact notable sur la situation des communes. Le nouveau droit sur les marchés publics simplifiera même le travail administratif de ces dernières (cf. point 4.12 ci-dessous). La suppression de l'interdiction faite aux municipaux de soumissionner dans les marchés organisés par leur commune, de même que la suppression de l'exigence consistant à inviter une entreprise extérieure à la commune du lieu d'exécution dans les procédures sur invitation constituent deux nouveautés favorables aux communes.

### **4.6 Environnement, développement durable et consommation d'énergie**

De même qu'expliqué au point 1.3.4 ci-dessus, le développement durable (aspects environnementaux et sociaux) joue un rôle important dans l'AIMP 2019. Une plus grande marge de manœuvre est accordée aux adjudicateurs dans la prise en compte du développement durable, qui doit dorénavant être exploitée. Ce renforcement du développement durable influencera la conception des critères dans les futures procédures et l'évaluation des offres.

### **4.7 Programme de législature et PDCn (conformité, mise en œuvre, autres incidences)**

L'adhésion à l'AIMP 2019 et l'adoption du projet de LMP-VD s'inscrivent dans la réalisation de la mesure 2.4 du programme de législature (2017-2022) (« 2.4. Avec les partenaires sociaux, veiller à la pratique d'une concurrence loyale dans le domaine économique et tendre à une plus grande homogénéité des conditions du marché du travail au niveau suisse. Mettre en œuvre les mesures d'accompagnement à la libre circulation CH/UE. Veiller à l'efficacité de l'application de la « préférence indigène », dans le respect du principe de la libre circulation des personnes », en particulier dans la réalisation de l'action « Poursuivre l'effort pour des marchés publics exemplaires ; inciter l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs vaudois à faire usage des marges de manœuvre légales pour limiter la sous-traitance en cascade et privilégier les critères qualitatifs par rapport au seul critère prix »).

### **4.8 Loi sur les subventions (application, conformité) et conséquences fiscales TVA**

Néant.

### **4.9 Découpage territorial (conformité à DecTer)**

Néant.

#### **4.10 Incidences informatiques**

Avec la révision de la législation sur les marchés publics, les procédures marchés publics continueront d'être publiées sur la plateforme électronique conjointe de la Confédération, des cantons et des communes dans le domaine des marchés publics (simap.ch). Aucune mesure interne sur le plan informatique ne devra donc être mise en place par le canton.

#### **4.11 RPT (conformité, mise en œuvre, autres incidences)**

Néant.

#### **4.12 Simplifications administratives**

La révision du droit intercantonal des marchés publics simplifie et modernise la législation en la matière tout en l'adaptant aux progrès technologiques (retrées électroniques des offres, enchères électroniques, etc.). L'AIMP 2019 propose ainsi notamment des définitions légales des principales notions utilisées dans le domaine des marchés publics. Il offre en outre de nouveaux instruments aux adjudicateurs tels que le dialogue pour faciliter le déroulement de certaines procédures. Il vise enfin à codifier des règles jusqu'ici énoncées par la jurisprudence. En conséquence, le travail administratif des adjudicateurs sera simplifié grâce à la nouvelle législation sur les marchés publics.

#### **4.13 Protection des données**

Néant.

#### **4.14 Autres**

Néant.

## 5. CONCLUSION

Vu ce qui précède, le Conseil d'Etat a l'honneur de proposer au Grand Conseil

- d'adopter le projet de décret ci-après portant adhésion du Canton de Vaud à l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics ;
- d'adopter le projet de loi ci-après sur les marchés publics (LMP-VD) ;
- d'approuver les rapports du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur :
  - la motion Yvan Pahud et consorts – Pour une véritable promotion du bois comme unique matériau renouvelable (19\_MOT\_073) (Réponse à la conclusion no 2 du motionnaire) ;
  - la motion Georges Zünd et consorts – Travailler à livre ouvert pour plus de transparence et moins de surcoûts dans les marchés publics (19\_MOT\_120) ;
  - le postulat Laurence Cretegnny et consorts – Mandats externes hors de nos frontières, y a-t-il pénurie dans notre Canton et en Suisse ? (19\_POS\_119) ;
  - le postulat Patrick Vallat et consorts – Modifications de la loi vaudoise sur les marchés publics et de son règlement d'application, mesures d'allègement et de clarification administratives (13\_POS\_050).



## **6. ANNEXES**

- Message type de l'AIMP 2019

# PROJET DE DÉCRET

## portant adhésion du Canton de Vaud à l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics du 23 juin 2021

---

LE GRAND CONSEIL DU CANTON DE VAUD

vu le projet de décret présenté par le Conseil d'Etat

*décète*

### **Art. 1**

<sup>1</sup> Le Conseil d'Etat est autorisé à adhérer, au nom de l'Etat de Vaud, à l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics.

### **Art. 2**

<sup>1</sup> Le Conseil d'Etat est autorisé à abroger le décret du 24 juin 1996 concernant l'adhésion du Canton de Vaud à l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics, lorsque tous les cantons auront adhéré à l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics.

### **Art. 3**

<sup>1</sup> Le Conseil d'Etat est chargé de l'exécution du présent décret. Il en publiera le texte, conformément à l'article 84, alinéa 1, lettre a de la Constitution vaudoise et en fixera, par voie d'arrêté, la date d'entrée en vigueur.

# PROJET DE LOI

## sur les marchés publics (LMP-VD)

### du 23 juin 2021

---

LE GRAND CONSEIL DU CANTON DE VAUD

vu le projet de loi présenté par le Conseil d'Etat

décrète

## Chapitre I Champ d'application

### Art. 1 Objet

<sup>1</sup> La présente loi régit la passation de marchés publics en application de l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (ci-après : AIMP).

<sup>2</sup> Les dispositions des accords internationaux auxquels la Confédération a adhéré et du droit fédéral demeurent réservées.

### Art. 2 Entité non assujettie

<sup>1</sup> La Banque Cantonale Vaudoise n'est pas soumise à la législation sur les marchés publics.

## Chapitre II Dispositions particulières

### Art. 3 Procédure sur invitation (art. 20 AIMP)

<sup>1</sup> Les règles régissant la procédure ouverte sont applicables par analogie à la procédure sur invitation, à l'exception des règles en matière de publication.

### Art. 4 Voies de droit et procédure (art. 52 et 58 AIMP)

<sup>1</sup> Les décisions énoncées à l'article 53, alinéa 1 AIMP peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal cantonal dans les procédures suivantes indépendamment de la valeur du marché :

- a. procédure ouverte ;
- b. procédure sélective ;
- c. procédure sur invitation ;
- d. procédure de gré à gré au sens de l'article 21, alinéa 2 AIMP.

<sup>2</sup> En dérogation à l'article 94, alinéa 2 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; BLV 173.36), les décisions du magistrat instructeur relatives à l'effet suspensif et aux mesures provisionnelles ne peuvent pas faire l'objet d'un recours.

<sup>3</sup> Toute demande en dommages-intérêts au sens de l'article 58, alinéas 3 et 4 AIMP est soumise à la procédure de l'action de droit administratif, réglementée par les articles 106 et suivants LPA-VD.

## **Art. 5        Sous-traitants (art. 12 AIMP)**

<sup>1</sup> Le soumissionnaire indique dans son offre :

- a. l'objet et la part des prestations qui seront sous-traitées ;
- b. la raison sociale et le siège ou l'établissement des sous-traitants.

<sup>2</sup> Tout changement de sous-traitant intervenant en cours d'exécution du marché doit reposer sur de justes motifs. Le nouveau sous-traitant doit disposer des mêmes compétences et qualifications que le précédent sous-traitant proposé et répondre aux conditions de l'appel d'offres. Il doit être annoncé par écrit à l'adjudicateur pour contrôle et approbation avant de débiter l'exécution de ses prestations.

<sup>3</sup> Le recours à la sous sous-traitance est interdit.

<sup>4</sup> A titre exceptionnel, l'adjudicateur peut autoriser le recours à la sous sous-traitance lorsqu'elle se justifie pour des raisons techniques, organisationnelles ou de compétences notamment. Dans ce cas, seul le recours à un deuxième niveau de sous-traitance est admis.

<sup>5</sup> Le non-respect de l'une des exigences énoncées aux alinéas qui précèdent représente un motif d'exclusion du soumissionnaire ou de révocation de l'adjudication.

## **Art. 6        Location de personnel (art. 12 AIMP)**

<sup>1</sup> Tout recours à la location de personnel par le soumissionnaire retenu ou ses sous-traitants doit être préalablement annoncé à l'adjudicateur pour contrôle et approbation.

## **Art. 7        Peines conventionnelles (art. 12 AIMP)**

<sup>1</sup> Pour assurer le respect des obligations du soumissionnaire et de ses sous-traitants au sens de l'article 12 AIMP, l'adjudicateur inclut des peines conventionnelles dans le contrat qu'il conclut avec le soumissionnaire retenu.

<sup>2</sup> L'adjudicateur peut exiger des garanties de la part du soumissionnaire retenu afin d'assurer le paiement des peines conventionnelles.

## **Art. 8        Respect des conditions de travail (art. 12 AIMP)**

<sup>1</sup> Les conditions de travail fixées dans une convention collective de travail dont le champ d'application est étendu au canton de Vaud et dont les termes ne connaissent pas leur équivalent au siège ou à l'établissement en Suisse du soumissionnaire ou de ses sous-traitants leur sont applicables lorsqu'ils fournissent des prestations dans le canton de Vaud.

<sup>2</sup> Les organes paritaires institués par les conventions collectives de travail contrôlent l'application des conditions de travail par le soumissionnaire et ses sous-traitants. Ils informent, d'office ou sur demande, l'adjudicateur de l'ouverture des procédures de contrôle, de leur résultat et des éventuelles mesures prises.

<sup>3</sup> Lorsque le marché s'y prête, l'adjudicateur peut exiger du soumissionnaire retenu et de ses sous-traitants la mise en place d'un système de contrôle du personnel occupé afin d'assurer, en particulier, le respect des conditions de travail applicables et le paiement des charges sociales durant l'exécution du marché.

## **Art. 9 Développement durable**

<sup>1</sup> L'adjudicateur encourage la prise en considération du développement durable par les soumissionnaires dans ses marchés.

<sup>2</sup> Il peut prévoir, à cette fin, des critères correspondants ou des spécifications techniques se fondant sur des labels environnementaux ou sociaux, pour autant que ces critères et spécifications soient appropriés pour définir les caractéristiques des prestations faisant l'objet du marché et n'impliquent pas une restriction excessive de la concurrence.

<sup>3</sup> Dans les marchés non soumis aux accords internationaux relatifs à la construction ou à la rénovation en bois d'un ouvrage, le Label Bois Suisse ou son équivalent peut notamment être exigé.

## **Chapitre III Autorités compétentes**

### **Art. 10 Conseil d'Etat**

<sup>1</sup> Le Conseil d'Etat est compétent pour :

- a. conclure des accords avec des régions frontalières et des Etats voisins au sens de l'article 6, alinéa 4 AIMP ;
- b. adresser à l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) les déclarations prévues à l'article 63, alinéas 1 et 2 AIMP.

### **Art. 11 Autorité de surveillance (art. 45 et 62 AIMP)**

<sup>1</sup> Le département en charge des infrastructures (ci-après : le département) est l'autorité cantonale de surveillance.

<sup>2</sup> L'autorité cantonale de surveillance assume notamment les tâches suivantes :

- a. elle veille au respect de l'AIMP et de la législation vaudoise sur les marchés publics par les adjudicateurs, les soumissionnaires et leurs sous-traitants ;
- b. elle prononce les sanctions et édicte les instructions prévues par l'article 45 AIMP.

<sup>3</sup> L'autorité cantonale de surveillance agit d'office ou sur dénonciation. Elle peut notamment :

- a. accéder aux données en lien avec toute procédure de marchés publics et requérir des adjudicateurs, des soumissionnaires et de leurs sous-traitants, toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de ses tâches ;
- b. procéder à des auditions ;
- c. faire appel à des experts.

<sup>4</sup> Les adjudicateurs, les soumissionnaires et leurs sous-traitants sont tenus de collaborer avec l'autorité cantonale de surveillance. Le secret de fonction et les secrets d'affaires ne peuvent être opposés à l'autorité cantonale de surveillance.

## **Art. 12 Travail au noir**

<sup>1</sup> Le département est l'autorité compétente pour prononcer l'exclusion des futurs marchés publics au sens de l'article 13 de la loi fédérale du 17 juin 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (LTN; RS 822.41).

## **Art. 13 Listes de soumissionnaires (art. 28 AIMP)**

<sup>1</sup> Le département est l'autorité compétente au sens de l'article 28, alinéa 1 AIMP. Il décide de la création de listes de soumissionnaires qui ont l'aptitude requise pour obtenir des marchés publics.

<sup>2</sup> Il peut déléguer la gestion des listes de soumissionnaires aux associations professionnelles intéressées, avec la compétence de rendre des décisions en la matière.

## **Art. 14 Centre de compétences sur les marchés publics**

<sup>1</sup> Le Centre de compétences sur les marchés publics du canton de Vaud (CCMP-VD) conseille et informe les adjudicateurs en matière de marchés publics. Dans ce cadre, il assume notamment les tâches suivantes :

- a. proposer des formations destinées au personnel des administrations publiques ;
- b. édicter des recommandations à l'attention des adjudicateurs ;
- c. répondre à des questions juridiques ponctuelles d'ordre général concernant l'application de la législation sur les marchés publics.

<sup>2</sup> Le CCMP-VD est rattaché au Secrétariat général du département.

# **Chapitre IV Dispositions finales**

## **Art. 15 Dispositions d'exécution**

<sup>1</sup> Le Conseil d'Etat édicte les dispositions d'exécution de l'AIMP et de la présente loi. Elles concernent notamment :

- a. les types de procédures et les exigences applicables en matière de concours et de mandats d'étude parallèles (art. 22 AIMP) ;
- b. la tenue et la gestion des listes de soumissionnaires, les modalités de la délégation de cette gestion aux associations professionnelles intéressées ainsi que les critères d'inscription (art. 28 AIMP) ;
- c. la langue de la procédure, des publications, des communications des soumissionnaires et des documents d'appel d'offres (art. 35, let. m et 48 AIMP) ;
- d. la réduction des délais pour les marchés non soumis aux accords internationaux (art. 47 AIMP) ;
- e. la publication des adjudications de gré à gré au sens de l'article 21, alinéa 2 AIMP pour les marchés non soumis aux accords internationaux (art. 48, al. 1 AIMP) ;



- f. la désignation d'un organe de publication supplémentaire (art. 48, al. 7 AIMP) ;
- g. la collecte, la transmission et la publication de données sur les marchés publics à des fins statistiques (art. 50 AIMP) ;
- h. la notification des décisions sujettes à recours (art. 51, al. 1 AIMP).

#### **Art. 16 Disposition transitoire**

<sup>1</sup> La présente loi s'applique aux procédures d'adjudication qui sont lancées après son entrée en vigueur.

#### **Art. 17 Abrogation**

<sup>1</sup> La loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics est abrogée.

#### **Art. 18 Exécution**

<sup>1</sup> Le Conseil d'Etat est chargé de l'exécution de la présente loi. Il en publiera le texte conformément à l'article 84, alinéa 1, lettre a de la Constitution cantonale et en fixera, par voie d'arrêté, la date d'entrée en vigueur.

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

du 15 novembre 2019

### **Message type**

Version 1.2 du 24 septembre 2020

## Table des matières

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

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

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

## 1 Condensé

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

### 1.1 Contexte

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

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

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

### 1.2 Objectifs et contenu du projet

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



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

### **1.3 Portée économique de la révision**

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

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

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

## 2 Présentation du projet

### 2.1 Contexte

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>1</sup> RS 0.632.231.422

<sup>2</sup> Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics, RS 0.172.052.68.

<sup>3</sup> Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de libre-échange (AELE), RS 0.632.31.

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

En 1997, se fondant sur l'art. XXIV, par. 7, let. a, b et c, AMP 1994, les États membres ont ouvert des négociations portant sur la révision de l'accord, qui ont duré jusqu'en décembre 2011 et se sont achevées formellement le 30 mars 2012. Cette dernière visait en priorité l'amélioration des conditions-cadres de concurrence. Pour atteindre cet objectif, on a misé principalement sur une transparence accrue et sur une lutte systématique contre la corruption, qui fausse la concurrence. On s'est également concentré sur une simplification et une clarification du texte, sur l'adaptation à l'évolution technique, en particulier dans le domaine des instruments électroniques, et sur l'élargissement du champ d'application à la fois subjectif et objectif de l'accord. L'AMP 2012 couvre par exemple de manière explicite les enchères électroniques et reconnaît l'atteinte d'objectifs environnementaux comme critère d'évaluation. De plus, il clarifie les règles d'adhésion de nouveaux membres, ce qui devrait faciliter l'accession de pays comme la Chine, la Russie et éventuellement l'Inde.

Selon les estimations de l'OMC, la révision de l'AMP ouvre de nouvelles possibilités de marchés à hauteur de 80 à 100 milliards de dollars par an. Pour ce qui est des soumissionnaires suisses, elle leur permet d'accéder à de nouveaux marchés notamment dans les provinces canadiennes et dans certaines régions urbaines du Japon ainsi qu'aux marchés des transports publics urbains en Israël et en Corée. De plus, donnant suite aux requêtes d'autres États membres en matière d'accès au marché, la Suisse a accepté, moyennant réciprocité, d'étendre l'obligation de lancer des appels d'offres à certains services. Par ailleurs, elle a levé les réserves limitant l'accès à son marché pour les États membres de l'AMP qui lui ont garanti une égalité de traitement. C'est ainsi que les soumissionnaires canadiens, par exemple, ont été autorisés à répondre aux appels d'offres des cantons après que le Canada s'est déclaré disposé à garantir à la Suisse l'accès aux marchés publics de ses provinces. La Suisse et le Canada se sont en outre mutuellement donné accès à leurs marchés portant sur des machines destinées à certaines industries spécialisées (par ex. production et distribution de gaz) ainsi que sur le matériel informatique et les logiciels.

### **2.1.2 Nécessité d'adapter le droit national**

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

---

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

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

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

### 2.1.3 Bases du droit suisse des marchés publics

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

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

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

---

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

<sup>6</sup> Voir le message relatif à la révision de l'AMP, tableaux I et II.

<sup>7</sup> Le texte de cet accord peut être consulté à l'adresse suivante: [www.dtap.ch](http://www.dtap.ch) > Concordats > AIMP.

<sup>8</sup> Le texte de ces directives peut être consulté à l'adresse suivante: [www.dtap.ch](http://www.dtap.ch) > Concordats > AIMP > PDF Directives d'exécution (DEMP).

<sup>9</sup> RS 943.02

<sup>10</sup> RS 172.056.1

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

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

#### **2.1.4 Différences entre le droit fédéral et le droit cantonal**

Les législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics présentent des différences, en particulier dans les domaines suivants<sup>12</sup>: champ d'application subjectif et objectif, valeurs seuils, exigences relatives aux appels d'offres, critères de sélection (distinction entre critères d'aptitude et critères d'adjudication et leur pondération), ouverture des offres, négociation du prix (était jusqu'à présent admise au niveau fédéral, mais non au niveau cantonal), exclusion de la procédure en cours et des procédures à venir, prise en compte de critères dits étrangers au marché – par exemple des critères motivés par des considérations sociopolitiques –, justification des adjudications et voies de droit.

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

---

<sup>11</sup> RS 251

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



Ces différences accroissent la complexité du droit des marchés publics et sont une source d'incertitudes pour les participants aux procédures. Les PME ne sont pas les seules à faire remarquer que la situation juridique actuelle au niveau de la Confédération et des cantons est non seulement complexe, mais encore administrativement très lourde et très coûteuse. Une autre conséquence de la diversité des réglementations fédérale et cantonales est l'absence d'une jurisprudence uniforme des tribunaux compétents. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF)<sup>13</sup>, le Tribunal fédéral constitue cependant en principe la dernière autorité judiciaire commune.

### **2.1.5 Motifs de la révision**

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

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

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

## **2.2 Dispositif proposé**

### **2.2.1 Travaux préliminaires**

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

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

---

<sup>13</sup> RS 173.110

<sup>14</sup> Motion 12.3577 «Programmes destinés à accroître l'efficacité énergétique. Prise en considération des emplois dans notre pays». Cette motion n'a pas encore été traitée par le Conseil des Etats et par le Conseil national.



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

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

## **2.2.2 Objectifs du projet de révision de l'Accord intercantonal**

### **Mise en œuvre de l'AMP 2012**

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

### **Harmonisation du droit national des marchés publics**

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

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

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

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

\*Second œuvre = SO, \*\*gros œuvre= GO

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

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

### Clarification et restructuration

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

Comme l'AMP 2012, la LMP resp. l'AIMP a été complétée par des définitions et sa terminologie a été adaptée. Le projet contient une courte liste de définitions (art. 3) inspirées de celles figurant à l'art. 1 AMP 2012. La redéfinition du champ d'application subjectif (art. 4 ss) et la définition de la notion de marché public (art. 8 et 9), en particulier, permettent de clarifier des questions quant au champ d'application du droit des marchés publics (par ex. en rapport avec certaines concessions et avec la délégation de tâches publiques) qui ont reçu jusque-là des réponses diverses.

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

### Assouplissement et modernisation

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

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

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

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

#### **2.2.3 Principales nouveautés**

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

Outre les clarifications déjà évoquées, les principales nouveautés comprennent:

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

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

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

### **2.3 Résultats de la procédure de consultation**

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

#### **Cantons**

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

#### *Harmonisation parallèle*

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

#### *Voies de droit*

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

---

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

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

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

#### *Négociations*

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

#### *Droit de recours des autorités*

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

#### *Autres retours*

Plusieurs cantons se sont félicités du fait que le développement durable soit désormais mentionné dans le texte révisé du GPA 2012 et donc repris dans le P-AIMP. Certains déploraient toutefois le manque de clarté de la formulation jugée trop générale : est-il seulement question de l'axe écologique ou les dimensions économiques et sociales du développement durable sont-elles également prises en compte? Ces cantons demandaient que la notion soit explicitée à la rubrique But p. ex. ou dans le cadre des définitions. Onze cantons contestaient la prolongation du délai de recours à 20 jours (art. 56 al. 1 P-AIMP) et exigeaient le maintien du délai de recours à 10 jours. En revanche, deux cantons soutenaient expressément la nouvelle disposition.

#### **Organisations intéressées**

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



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

#### *Harmonisation parallèle*

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

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

#### *Voies de droit*

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

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

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

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

#### *Négociations*

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



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

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

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

#### *Droit de recours des autorités*

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

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

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

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

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

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

## 2.4 Appréciation de la solution retenue

Voici les principales améliorations visées par la révision:

- En premier lieu, la transposition dans le droit national des nouveautés de l'AMP 2012, qui concernent notamment les mesures de lutte contre la corruption (art. 1, 12 P-AIMP), la possibilité de recourir à des enchères électroniques (art. 23 P-AIMP), la prise en compte des coûts d'exploitation et du cycle de vie (art. 31 P-AIMP), ainsi que le développement durable et la protection de l'environnement (art. X:6 GPA 2012), ou encore l'introduction de délais réduits (art. XI GPA 2012).
- En deuxième lieu - dans la mesure du possible et lorsque cela est judicieux - l'harmonisation de la LMP et de l'AIMP, du point de vue de la structure et du contenu. Pour ce faire, dans le cadre de la révision parallèle, le groupe de travail paritaire AURORA, composé de représentants de la Confédération et des cantons, a doté les deux bases légales (P-LMP et P-AIMP) de la même structure et adopté des formulations les plus similaires possibles.
- Enfin, une simplification et un alignement des dispositions cantonales actuelles sur l'AIMP, comme l'ont réclamé à maintes reprises par le passé divers cercles économiques faisant valoir la transparence. Forts de la décision prise par l'assemblée plénière extraordinaire de la DTAP du 8 juin 2012, dans le cadre des travaux de révision menés par le groupe de travail AURORA, les cantons ont largement intégré au P-AIMP les directives d'exécution (DEMP), qui n'avaient jusqu'alors que valeur de recommandations.

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

---

<sup>16</sup> RS 101

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

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

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

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

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

## **2.5 Délibérations du Parlement fédéral**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **2.6 Consultation définitive auprès des cantons**

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

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

**Les adaptations suivantes ont été saluées par 18 (= majorité des  $\frac{3}{4}$ ) cantons ou plus:**

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

**L'adaptation suivante a été rejetée par 18 (= majorité des  $\frac{3}{4}$ ) cantons ou plus:**

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

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

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



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

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

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



### 3 Commentaire des dispositions

#### Chapitre 1 Objet, but et définitions

##### Art. 1 Objet

L'Accord s'applique:

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

##### Art. 2 But

L'Accord vise les objectifs suivants:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

L'efficacité de la concurrence peut également être menacée lorsqu'un adjudicateur public abuse de sa position dominante sur le marché. L'adjudicateur peut jouir d'une puissance d'achat en cas de groupement d'achat ou sur un marché sur lequel il ne fait face qu'à un nombre restreint de demandeurs privés. Cependant, du fait de l'internationalisation de nombreux marchés de produits (il suffit de songer à l'acquisition de matériel roulant), il est difficile pour un adjudicateur de partir du principe qu'il possède une puissance d'achat. Selon le Parlement fédéral, il ne s'agit pas uniquement de promouvoir une concurrence efficace, mais aussi «équitable» entre les soumissionnaires. Les cantons peuvent s'accorder avec cet amendement de la let. b dans l'optique de l'harmonisation. Il existe des dispositions qui vont dans le même sens, par exemple l'art. 38, al. 3 ou l'art. 44, al. 2, let. c et h (nouvellement insérée).

### **Art. 3 Définitions**

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

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

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

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

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

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

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

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

## **Chapitre 2 Champ d'application**

### **Section 1 : Champ d'application subjectif**

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

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

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

#### **Art. 4 Adjudicateurs**

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

##### **Al. 1**

En ce qui concerne les unités décentralisées, la notion d'«organisme de droit public» dans le domaine des accords internationaux revêt une grande importance. Conformément à la définition juridique donnée à l'appendice I annexe 3 de l'AMP 2012, est considéré comme organisme de droit public tout organisme (i) créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, (ii) doté d'une personnalité juridique, et (iii) dont soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

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

##### **Al. 2**

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



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

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

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

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

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

### **Al. 3**

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



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

#### **Al. 4**

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

#### **Al. 5**

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

### **Art. 5 Droit applicable**

#### **Al. 1 et 2**

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

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

#### **Al. 3, 4 et 5**

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

#### **Al. 6**

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

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

---

<sup>18</sup> RS 742.140.2

<sup>19</sup> RS 725.111

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

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

## **Art. 6 Soumissionnaires**

### **Al. 1**

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

### **Al. 2**

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

### **Al. 3**

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

---

<sup>20</sup> RS 913.1  
<sup>21</sup> RS 734.7  
<sup>22</sup> RS 721.80  
<sup>23</sup> RS 616.1

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

#### **AI. 4**

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

#### **Art. 7 Exemption**

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

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

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

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

#### **AI. 1**

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

#### **AI. 2**

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

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

## **Section 2 : Champ d'application objectif**

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

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

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

### **Art. 8 Marché public**

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

#### **Al. 1**

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

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

tâches qui servent uniquement des intérêts privés ne sont, eux, pas soumis au droit des marchés publics<sup>24</sup>.

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

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

## **Al. 2**

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

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

## **Al. 3**

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

---

<sup>24</sup> Voir en particulier ATF 2C\_198/2012 du 16 oct. 2012.



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

### **Art. 9 Délégation de tâches publiques et octroi de concessions**

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

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

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

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

---

<sup>25</sup> Art. 5, par. 1, let. a, de la directive 2014/23/UE.

<sup>26</sup> Art. 5, par. 1, let. b, de la directive 2014/23/UE.



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

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

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

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

---

<sup>27</sup> RS 742.101

<sup>28</sup> RS 745.1

<sup>29</sup> Voir par ex. l'art. 2, al. 2, de l'ordonnance du 18 décembre 1995 sur le service de la navigation aérienne, RS 748.132.1.

niveaux prime le droit général des marchés publics. Si un canton prévoit par exemple une concession pour l'exploitation du sous-sol (extraction des matières premières, stockage de matériel ou prélèvement de marchandises), dans le respect de l'art. 2, al. 7, LMI, et si le droit cantonal associe l'octroi d'une concession à une procédure clairement réglementée avec des critères définis par une règle de droit, une telle réglementation prime l'art. 9. Dans le cadre de l'enquête de l'été 2019, 19 cantons ainsi que l'ACS, l'UVS et le BIC (cantons FR et VD) ont accueilli favorablement l'amendement concernant les «dispositions de lois spéciales du droit fédéral et cantonal» dans le sens d'une clarification.

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

## **Art. 10 Exceptions**

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

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

### **Al. 1**

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

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

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

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

---

<sup>30</sup> RS 210

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

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

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

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

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

---

<sup>31</sup> RS 837.0

<sup>32</sup> RS 831.2

<sup>33</sup> RS 142.31

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

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

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

## **Al. 2**

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

### **Al. 3**

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

---

<sup>35</sup> Voir l'arrêt de la CJCE du 8 mai 2014, Université technique Hamburg-Harburg, affaire C15/13, ECLI:EU:C:2014:303.

<sup>36</sup> Voir l'arrêt de la CJCE du 18 novembre 1999, Teckal Srl, affaire C-107/98, Rec. 1999 I-08121, ECLI:EU:C:1999:562.



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

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

### Chapitre 3 Principes généraux

#### Art. 11 Principes régissant la procédure

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

---

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

<sup>38</sup> RS 0.311.56

<sup>39</sup> Convention du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, RS 0.311.21.

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

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

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

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

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

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

### **Al. 1**

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

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

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

### **Al. 2**

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

---

<sup>40</sup> RS 822.11

<sup>41</sup> RS 151.1

<sup>42</sup> Expertise de la COMCO du 21 octobre 2019 concernant l'admissibilité du principe du lieu d'exécution pour les conditions de travail dans le droit cantonal des marchés publics.

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

Les conventions fondamentales de l'OIT sont les suivantes:

- Convention n° 29 du 28 juin 1930 concernant le travail forcé ou obligatoire<sup>43</sup>;
- Convention n° 87 du 9 juillet 1948 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical<sup>44</sup>;
- Convention n° 98 du 1<sup>er</sup> juillet 1949 concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective<sup>45</sup>;
- Convention n° 100 du 29 juin 1951 concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale<sup>46</sup>;
- Convention n° 105 du 25 juin 1957 concernant l'abolition du travail forcé<sup>47</sup>;
- Convention n° 111 du 25 juin 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession<sup>48</sup>;
- Convention n° 138 du 26 juin 1973 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi<sup>49</sup>;
- Convention n° 182 du 17 juin 1999 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination<sup>50</sup>.

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

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

---

<sup>43</sup> RS **0.822.713.9**

<sup>44</sup> RS **0.822.719.7**

<sup>45</sup> RS **0.822.719.9**

<sup>46</sup> RS **0.822.720.0**

<sup>47</sup> RS **0.822.720.5**

<sup>48</sup> RS **0.822.721.1**

<sup>49</sup> RS **0.822.723.8**

<sup>50</sup> RS **0.822.728.2**

<sup>51</sup> FF **2000 357**

<sup>52</sup> Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes RS **0.142.112.681**

<sup>53</sup> Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, JO L 18 du 21.1.1997, p. 1.

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

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

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

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

### **Ai. 3**

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

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

### **Ai. 4**

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

---

<sup>54</sup> RS 823.20



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

#### **Al. 5**

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

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

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

#### **Al. 6**

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

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

---

<sup>55</sup> RS 822.41

<sup>56</sup> RS 221.215.311



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

## **Art. 13 Récusation**

### **Al. 1**

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

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

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

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

### **Al. 2 et 3**

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

---

<sup>57</sup> RS 832.20

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

#### **Al. 4**

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

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

### **Art. 14 Préimplication**

#### **Al. 1**

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

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

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

#### **Al. 2**

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

---

<sup>58</sup> Voir ATF 2P.164/2004 du 25 janv. 2005, consid. 3.1.

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

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

### **Al. 3**

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

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

### **Art. 15 Détermination de la valeur du marché**

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

#### **Al. 1**

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

## **Al. 2**

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

## **Al. 3**

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

## **Al. 4**

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

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

### **Al. 5**

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

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

### **Al. 6**

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

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

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

## **Chapitre 4 Procédures d'adjudication**

### **Art. 16 Valeurs seuils**

#### **Al. 1 et 2**

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

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



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

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

### **Al. 3 et 4**

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

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

### **Art. 17 Types de procédures**

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

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



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

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

## **Art. 18 Procédure ouverte**

### **Al. 1 et 2**

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

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

## **Art. 19 Procédure sélective**

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

### **Al. 1**

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

### **Al. 2 et 3**

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

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

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

## **Art. 20 Procédure sur invitation**

### **AI. 1**

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

### **AI. 2**

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

## **Art. 21 Procédure de gré à gré**

### **AI. 1**

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

### **AI. 2**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **Al. 3**

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

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



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

### **Art. 22 Concours et mandats d'étude parallèles**

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

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

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

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

### **Art. 23 Enchères électroniques**

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

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



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

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

#### **Al. 1 et 2**

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

L'enchère électronique porte sur les prix lorsque le marché est adjugé au soumissionnaire présentant l'offre dont le prix total est le moins cher ou sur les prix et les valeurs des autres éléments quantifiables de l'offre lorsque le marché est adjugé au soumissionnaire présentant l'offre la plus avantageuse. L'Accord prévoit que cet instrument ne peut être utilisé que pour l'acquisition de prestations standardisées.

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

#### **Al. 3**

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

#### **Al. 4**

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

#### **Al. 5**

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

## **Art. 24 Dialogue**

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

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

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

### **AI. 1**

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

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

### **AI. 2**

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

---

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

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

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

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

### **Al. 3**

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

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

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

### **Al. 4**

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

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

### **Al. 5**

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

## **Art. 25 Contrats-cadres**

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

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

### **AI. 1**

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

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

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

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

### **AI. 2**

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

---

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

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

### **Al. 3**

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

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

### **Al. 4**

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

### **Al. 5**

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



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

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

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

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

## **Chapitre 5 Conditions d'adjudication**

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

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

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



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

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

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

## **Art. 26 Conditions de participation**

### **Al. 1 et 2**

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

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

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

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

### **Al. 3**

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

## **Art. 27 Critères d'aptitude**

### **Al. 1**

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

### **Al. 2**

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

### **Al. 3**

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

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

---

<sup>61</sup> Voir ATF 139 II 489, consid. 3.2 s.

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

#### **Al. 4**

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

### **Art. 28 Listes**

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

#### **Al. 1 et 2**

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

#### **Al. 3**

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

#### **Al. 4**

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

### **Al. 5**

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

### **Art. 29 Critères d'adjudication**

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

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

### **Al. 1**

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

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

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

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

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

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

## **Al. 2**

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

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

---

<sup>62</sup> ATF 143 II 553

<sup>63</sup> Voir ATF 2P.242/2006 du 16 mars 2007, consid. 4.2.1 ss.



### **AI. 3**

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

### **AI. 4**

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

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

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

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



## Art. 30 Spécifications techniques

### Al. 1

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

### Al. 2

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

### Al. 3

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

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

### Al. 4

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

---

<sup>64</sup> RS 933.0

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

## **Art. 31 Communautés de soumissionnaires et sous-traitants**

### **Al. 1**

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

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

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

### **Al. 2**

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

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

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

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

### **AI. 3**

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

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

## **Art. 32 Lots et prestations partielles**

### **AI. 1**

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

### **AI. 2**

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

---

<sup>65</sup> Arrêt du TAF B-1600/2014 du 2 juin 2014.

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

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

### **Al. 3**

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

### **Al. 4 et 5**

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

## **Art. 33 Variantes**

### **Al. 1**

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

### **Al. 2**

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

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

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

## **Art. 34 Exigences de forme**

### **Al. 1**

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

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

### **Al. 2**

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

## **Chapitre 6 Déroutement de la procédure d'adjudication**

### **Art. 35 Contenu de l'appel d'offres**

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

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

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

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

---

<sup>66</sup> Voir ATF 2D\_50/2009 du 25 févr. 2010, consid. 2.4.



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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **Art. 37 Ouverture des offres**

#### **Al. 1**

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



### **Al. 2**

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

### **Al. 3**

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

### **Al. 4**

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

## **Art. 38 Examen des offres**

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

### **Al. 1**

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

### **Al. 2**

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

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

### **Al. 3**

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

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

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

### **Al. 4**

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

## **Art. 39 Rectification des offres**

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

### **Al. 1 et 2**

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

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

---

<sup>67</sup> RS 241

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

### **Al. 3**

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

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

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

### **Al. 4**

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

## **Art. 40 Évaluation des offres**

### **Al. 1**

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

---

<sup>68</sup> Voir ATF 2D\_49/2011 du 25 sept. 2011, consid. 7.4.

## **AI. 2**

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

### **Art. 41 Adjudication**

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

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

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

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

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

## **Art. 42 Conclusion du contrat**

### ***Al. 1***

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

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

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

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

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

---

<sup>69</sup> Voir ATF 102 II 401.

<sup>70</sup> Voir ATF 4A\_397/2012 du 11 janv. 2013, consid. 2.2.



## **Al. 2**

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

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

## **Art. 43 Interruption de la procédure d'adjudication**

### **Al. 1**

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

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

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

---

<sup>71</sup> Voir art. 83, let. f, ch. 2, et 98 LTF.

<sup>72</sup> Voir ATF 2C\_203/2014 du 9 mai 2015, consid. 1.4 s.

<sup>73</sup> Voir ATF 134 II 192, consid. 2.3 s.



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

#### **Al. 2**

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

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

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

- a) la faillite;
- b) des fausses déclarations;
- c) des manquements significatifs ou persistants dans l'exécution d'une prescription ou d'une obligation essentielle d'un marché antérieur,
- d) des jugements définitifs concernant un crime ou d'autres délits graves;
- e) une faute professionnelle ou des actes ou omissions qui portent atteinte à l'intégrité commerciale du fournisseur;
- f) le non-paiement d'impôts.

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

#### **Al. 1**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>74</sup> RS 312.0

<sup>75</sup> RS 311.0

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

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

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

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

## **Al. 2**

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

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

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

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

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

---

<sup>76</sup> Voir ATF 2C\_782/2012 du 10 janv. 2013, consid. 2.3.

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

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

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

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

## **Art. 45 Sanctions**

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

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

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

### **Al. 1**

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

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

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

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

#### **Al. 2**

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

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

#### **Al. 3**

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

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



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

#### **Al. 4**

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

#### **Al. 5**

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

### **Chapitre 7 Délais et publications, statistiques**

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

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

#### **Art. 46 Délais**

##### **Al. 1**

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



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

#### **AI. 2**

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

#### **AI. 3**

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

#### **AI. 4**

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

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

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

#### **AI. 1**

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

#### **AI. 2**

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

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

#### **Al. 3 et 4**

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

#### **Al. 5**

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

### **Art. 48 Publications**

#### **Al. 1**

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

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

#### **Al. 2**

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

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

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

### **Al. 3**

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

### **Al. 4**

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

### **Al. 5**

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

### **Al. 6**

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

### **Al. 7**

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

## **Art. 49 Conservation des documents**

### **Al. 1 et 2**

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

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

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

### **Al. 3**

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

## **Art. 50 Statistiques**

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

### **Al. 1**

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

### **Al. 2**

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

### **Al. 3**

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

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

#### **Al. 4**

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

### **Chapitre 8 Voies de droit**

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

#### **Art. 51 Notification des décisions**

##### **Al. 1**

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

##### **Al. 2**

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

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

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

### **Al. 3**

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

### **Al. 4**

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

## **Art. 52 Recours**

### **Al. 1**

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

### **Al. 2**

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

### **Al. 3**

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

## **Art. 53 Objets du recours**

### **Al. 1**

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

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



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

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

### **Al. 2**

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

La situation juridique est un peu plus compliquée en ce qui concerne les prescriptions qui ne figurent pas dans l'appel d'offres en tant que tel mais dans les documents d'appel d'offres. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les documents d'appel d'offres peuvent éventuellement être considérés comme faisant partie intégrante de l'appel d'offres<sup>78</sup>. D'une part, l'adjudicateur doit pouvoir exiger des soumissionnaires qu'ils respectent les conditions de l'appel d'offres s'ils ne les remettent pas immédiatement en cause. C'est la raison de l'incombance faite aux soumissionnaires participant à la procédure de faire recours contre ce qu'ils jugent contestable (corollaire des règles de la bonne foi). D'autre part, l'appel d'offres public doit permettre aux soumissionnaires de déterminer si un marché publié est intéressant pour eux.

### **Al. 3**

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

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

---

<sup>77</sup> Voir ATF 137 II 313, consid. 2.3.

<sup>78</sup> Voir ATF 129 I 313, consid. 6.2; ATF 2C\_225/2009 du 16 oct. 2009, consid. 4.2.

#### **Al. 4**

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

#### **Al. 5**

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

#### **Al. 6**

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

### **Art. 54 Effet suspensif**

#### **Al. 1**

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

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

#### **Al. 2**

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

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

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

### **Al. 3**

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

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

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

### **Art. 55 Droit applicable**

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

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

#### **Al. 1**

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

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

### **Al. 2**

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

### **Al. 3**

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

### **Al. 4**

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

### **Al. 5**

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

## **Art. 57 Consultation des pièces**

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

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

### **Al. 1**

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

### **Al. 2**

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

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

## **Art. 58 Décision sur recours**

### **Al. 1**

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

### **Al. 2**

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

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

### **Al. 3**

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

### **Al. 4**

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

## **Art. 59 Révision**

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

---

<sup>79</sup> Voir arrêt du Tribunal cantonal vaudois GE.2007.0013 du 6 nov. 2009, consid. 5, et ATF 2C\_388/2012 du 30 août 2012.

## Chapitre 9 Autorités

### Art. 60 Commission des marchés publics Confédération-cantons

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

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

La CMCC est chargée notamment des tâches suivantes:

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

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



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

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

## **Art. 61 Autorité intercantonale**

### ***Al. 1***

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

### ***Al. 2***

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

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

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

### ***Al. 3***

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

### ***Al. 4***

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

## **Art. 62 Contrôles**

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

### ***AI. 1***

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

### ***AI. 2***

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

### ***AI. 3***

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

### ***AI. 4***

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

## **Chapitre 10 Dispositions finales**

### **Art. 63 Adhésion, dénonciation, modification et annulation**

#### ***AI. 1***

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

#### ***AI. 2***

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

#### ***AI. 3***

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

#### ***AI. 4***

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

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

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

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

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

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

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

## **Art. 64 Droit transitoire**

### **Al. 1**

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

### **Al. 2**

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

## **Art. 65 Entrée en vigueur**

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

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

---

<sup>80</sup> RS 172.010

### **AI. 1**

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

### **AI. 2**

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

## **4 Conséquences pour les cantons**

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

### **4.1 Conséquences financières**

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

### **4.2 Conséquences personnelles**

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

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

## **5 Aspects juridiques**

### **5.1 Constitutionnalité**

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

### **5.2 Compatibilité avec les engagements internationaux**

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

## **6 Annexes**

### **6.1 Texte du concordat**

**Accord révisé du 15 novembre 2019.**

### **6.2 Annexes 1–4**

L'Accord révisé comporte 4 annexes au total.

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

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

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

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

### **6.4 Document de comparaison LMP / AIMP (projet séparé)**

(Etat au 15 novembre 2019 ; texte en couleurs)

## 7 Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP)

### Chapitre 1 Objet, but et définitions

#### Art. 1 Objet

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

#### Art. 2 But

Le présent accord vise les buts suivants:

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

#### Art. 3 Définitions

Au sens du présent accord, on entend par:

- a. *soumissionnaire*: une personne physique ou morale, de droit privé ou de droit public, ou un groupe de telles personnes qui offre des prestations ou qui demande à participer à un appel d'offres public ou à se voir déléguer une tâche publique ou octroyer une concession;
- b. *entreprise publique*: une entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent; l'influence dominante est présumée lorsqu'une entreprise est financée en majeure partie par l'État ou par d'autres entreprises publiques, que sa gestion est soumise au contrôle de l'État ou d'autres entreprises publiques ou que son organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont la majorité a été désignée par l'État ou par d'autres entreprises publiques;
- c. *accords internationaux*: les accords dont découlent les engagements internationaux de la Suisse en matière de marchés publics;
- d. *conditions de travail*: les dispositions impératives du code des obligations<sup>81</sup> concernant le contrat de travail, les dispositions normatives contenues dans les conventions collectives et les contrats-types de travail ou, à défaut, les conditions de travail usuelles dans la région et dans la branche;
- e. *dispositions relatives à la protection des travailleurs*: les dispositions du droit public du travail, y compris les dispositions de la loi du 13 mars 1964 sur le travail<sup>82</sup>, les dispositions d'exécution y afférentes et les dispositions relatives à la prévention des accidents;

---

<sup>81</sup> RS 220  
<sup>82</sup> RS 822.11



f. organisme de droit public: tout organisme

- créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre que commercial ou industriel,
- doté d'une personnalité juridique, et
- dont soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public;

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

## Chapitre 2 Champ d'application

### Section 1 Champ d'application subjectif

#### Art. 4 Adjudicateurs

- 1 Pour les marchés soumis aux accords internationaux, sont soumis au présent accord les pouvoirs publics ainsi que les unités administratives centrales ou décentralisées, y compris les collectivités de droit public, du canton, du district et de la commune au sens du droit cantonal et communal, exception faite de leurs activités à caractère commercial ou industriel.
- 2 Pour les marchés soumis aux accords internationaux, sont en outre soumis au présent accord les pouvoirs publics et les entreprises publiques ou privées qui assurent un service public et qui bénéficient de droits exclusifs ou spéciaux pour autant qu'elles exercent des activités en Suisse dans l'un des secteurs énoncés ci-après:
  - a. la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable ou l'alimentation de ces réseaux en eau potable;
  - b. la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'énergie électrique ou l'alimentation de ces réseaux en énergie électrique;
  - c. l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer urbain, système automatique, tramway, trolleybus, autobus ou funiculaire;
  - d. la mise à disposition des transporteurs aériens des aéroports ou d'autres terminaux de transport;
  - e. la mise à disposition des transporteurs fluviaux des ports intérieurs ou d'autres terminaux de transport;

- f. la mise à disposition ou l'exploitation de chemins de fer, transports par chemins de fer compris;
  - g. la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution de gaz ou de chaleur ou l'alimentation de ces réseaux en gaz ou en chaleur, ou
  - h. l'exploitation d'une aire géographique dans le but de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides.
- 3 Les adjudicateurs visés à l'al. 2 ne sont soumis au présent accord que si les acquisitions sont effectuées dans le domaine d'activité en question et non dans d'autres domaines d'activité.
- 4 Pour les marchés non soumis aux accords internationaux, sont en outre soumis au présent accord:
- a. les autres collectivités assumant des tâches cantonales ou communales dans la mesure où elles n'ont pas d'activités à caractère commercial ou industriel;
  - b. les projets et prestations qui sont subventionnés à plus de 50 pour cent du coût total par des fonds publics.
- 5 Si un tiers passe un marché public pour le compte d'un ou de plusieurs adjudicateurs, il est soumis au présent accord au même titre que les adjudicateurs qu'il représente.

#### **Art. 5** Droit applicable

- 1 Si plusieurs adjudicateurs soumis au droit fédéral et au présent accord participent à un marché, le droit de la collectivité qui supporte la majeure partie du financement est applicable. Si la part cantonale totale dépasse celle de la Confédération, le présent accord est applicable.
- 2 Si plusieurs adjudicateurs soumis au présent accord participent en commun à un marché public, le droit du canton qui supporte la plus grande part du financement est applicable.
- 3 Si plusieurs adjudicateurs participent à un marché, ils ont la possibilité de soumettre d'un commun accord ce marché au droit de l'un des adjudicateurs en dérogeant aux principes susmentionnés.
- 4 Un marché dont l'exécution n'a pas lieu au siège de l'adjudicateur est soumis au droit du lieu du siège de l'adjudicateur ou au droit du lieu de l'activité principale.
- 5 Un marché lancé par une organisation commune est soumis au droit applicable au lieu du siège de cette organisation. Si celle-ci n'en possède pas, le droit applicable est celui du lieu de l'activité principale.
- 6 Les entreprises publiques ou privées qui bénéficient de droits exclusifs ou spéciaux octroyés par la Confédération ou qui exécutent des tâches dans l'intérêt national peuvent choisir de soumettre leurs marchés au droit applicable à leur siège ou au droit fédéral.

#### **Art. 6** Soumissionnaires

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

- contractuellement à donner accès à son marché et qui ont contracté le même engagement à son égard.
- 2 Les soumissionnaires étrangers sont autorisés à présenter une offre pour des marchés non soumis aux accords internationaux, à condition qu'ils proviennent d'États accordant la réciprocité ou que l'adjudicateur les y autorise.
  - 3 Le Conseil fédéral établit une liste des États qui se sont engagés à donner à la Suisse un accès à leur marché. Cette liste est périodiquement mise à jour.
  - 4 Les cantons sont habilités à conclure des accords avec les régions frontalières et les États voisins.

#### **Art. 7** Exemption

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

### **Section 2** Champ d'application objectif

#### **Art. 8** Marché public

- 1 Un marché public est un contrat conclu entre un adjudicateur et un soumissionnaire en vue de l'exécution d'une tâche publique. Il est caractérisé par sa nature onéreuse ainsi que par l'échange de prestations et contre-prestations, la prestation caractéristique étant fournie par le soumissionnaire.
- 2 On distingue les types de prestations suivants:
  - a. les travaux de construction (gros œuvre et second œuvre);
  - b. les fournitures;
  - c. les services.
- 3 Les marchés mixtes se composent de différents types de prestations au sens de l'al. 2 et forment un marché global. La qualification de ce dernier est déterminée par le type de prestations dont la valeur est la plus importante. Des prestations ne peuvent être combinées ou regroupées avec pour intention ou effet de contourner les dispositions du présent accord.

#### **Art. 9** Délégation de tâches publiques et octroi de concessions

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

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

#### **Art. 10** Exceptions

- 1 Le présent accord ne s'applique pas:
  - a. à l'acquisition de prestations destinées à être vendues ou revendues dans le commerce ou à servir à la production ou à la fourniture de prestations destinées à la vente ou à la revente dans le commerce;
  - b. à l'acquisition, à la location ou à l'affermage d'immeubles, de constructions ou d'installations ni aux droits y afférents;
  - c. au versement d'aides financières;
  - d. aux marchés portant sur des services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente, au transfert ou à la gestion de titres ou d'autres instruments financiers ou sur des services fournis par des banques centrales;
  - e. aux marchés passés avec des institutions pour handicapés, des organismes d'insertion socioprofessionnelle, des œuvres de bienfaisance ou des établissements pénitentiaires;
  - f. aux contrats régis par le droit du personnel;
  - g. aux institutions de prévoyance de droit public des cantons et des communes.
- 2 Le présent accord ne s'applique pas non plus à l'acquisition de prestations:
  - a. de soumissionnaires qui bénéficient d'un droit exclusif pour fournir ces prestations;
  - b. d'autres adjudicateurs juridiquement indépendants et soumis au droit des marchés publics qui ne sont pas en concurrence avec des soumissionnaires privés pour la fourniture de ces prestations;
  - c. d'unités organisationnelles qui dépendent de l'adjudicateur;
  - d. de soumissionnaires sur lesquels l'adjudicateur exerce un contrôle identique à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui fournissent l'essentiel de leurs prestations à l'adjudicateur.
- 3 Ne sont pas non plus soumis au présent accord les marchés publics:
  - a. dont l'exemption est jugée nécessaire pour la protection et le maintien de la sécurité extérieure ou intérieure ou de l'ordre public;
  - b. dont l'exemption est jugée nécessaire pour la protection de la santé ou de la vie des personnes ou pour la protection de la faune et de la flore;
  - c. pour lesquels le lancement d'un appel d'offres porterait atteinte aux droits de la propriété intellectuelle.

## Chapitre 3 Principes généraux

### Art. 11 Principes régissant la procédure

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

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

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

- 1 Les marchés publics portant sur des prestations à exécuter en Suisse ne sont adjugés qu'à des soumissionnaires qui respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail en vigueur en Suisse, les obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la loi du 17 juin 2005 sur le travail au noir (LTN)<sup>83</sup> ainsi que les dispositions relatives à l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes.
- 2 Les marchés publics portant sur des prestations à exécuter à l'étranger ne sont adjugés qu'à des soumissionnaires qui respectent au moins les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT) mentionnées à l'annexe 3. L'adjudicateur peut en outre exiger le respect d'autres standards de travail internationaux importants et la production des preuves correspondantes ainsi que convenir de la mise en place de contrôles.
- 3 Un marché public ne peut être adjugé qu'aux soumissionnaires qui respectent au moins les prescriptions légales relatives à la protection de l'environnement et à la préservation des ressources naturelles en vigueur au lieu de la prestation; ces prescriptions comprennent, en Suisse, les dispositions du droit suisse en matière d'environnement et, à l'étranger, les conventions internationales relatives à la protection de l'environnement déterminées par le Conseil fédéral et mentionnées à l'annexe 4.
- 4 Les sous-traitants sont tenus de respecter les exigences définies aux al. 1 –à 3. Cette obligation doit être mentionnée dans les accords que les soumissionnaires concluent avec leurs sous-traitants.

---

<sup>83</sup> RS 822.41

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

#### **Art. 13** Récusation

- 1 Ne peuvent participer à la procédure d'adjudication, du côté de l'adjudicateur ou du jury, les personnes qui:
  - a. ont un intérêt personnel dans le marché;
  - b. sont liées par les liens du mariage ou du partenariat enregistré ou mènent de fait une vie de couple avec un soumissionnaire ou un membre de l'un de ses organes;
  - c. sont parentes ou alliées, en ligne directe ou jusqu'au troisième degré en ligne collatérale, d'un soumissionnaire ou d'un membre de l'un de ses organes;
  - d. représentent un soumissionnaire ou ont agi dans la même affaire pour un soumissionnaire, ou
  - e. ne disposent pas, pour toute autre raison, de l'indépendance nécessaire pour participer à la passation de marchés publics.
- 2 La demande de récusation doit être déposée immédiatement après la prise de connaissance du motif de récusation.
- 3 L'adjudicateur ou le jury statue sur les demandes de récusation en l'absence de la personne concernée.
- 4 L'adjudicateur peut prescrire dans l'appel d'offres que les soumissionnaires qui entretiennent avec un membre du jury une relation justifiant la récusation dans les concours et les mandats d'étude parallèles soient exclus de la procédure.

#### **Art. 14** Préimplication

- 1 Les soumissionnaires qui ont participé à la préparation d'une procédure d'adjudication ne sont pas autorisés à présenter une offre lorsque l'avantage concurrentiel ainsi acquis ne peut être compensé par des moyens appropriés et que l'exclusion ne compromet pas la concurrence efficace entre soumissionnaires.
- 2 Les moyens appropriés pour compenser un avantage concurrentiel sont en particulier:
  - a. la transmission de toutes les indications essentielles concernant les travaux préables;
  - b. la communication des noms des participants à la préparation du marché;
  - c. la prolongation des délais minimaux.



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

#### **Art. 15** Détermination de la valeur du marché

- 1 L'adjudicateur estime la valeur probable du marché.
- 2 Un marché public ne peut être subdivisé en vue de contourner les dispositions du présent accord.
- 3 Pour l'estimation de la valeur d'un marché, l'ensemble des prestations à adjuger ou des rémunérations qui sont en étroite relation d'un point de vue matériel ou juridique doivent être prises en compte. Tous les éléments des rémunérations sont pris en compte, y compris ceux qui sont liés aux options de prolongation et aux options concernant des marchés complémentaires, de même que l'ensemble des primes, émoluments, commissions et intérêts attendus, à l'exclusion de la taxe sur la valeur ajoutée.
- 4 Pour les contrats de durée déterminée, la valeur du marché est calculée en additionnant les rémunérations à verser sur toute la durée du contrat, y compris les rémunérations liées aux éventuelles options de prolongation. La durée de ces contrats ne peut, en règle générale, pas dépasser cinq ans. Dans les cas dûment motivés, une durée plus longue peut être prévue.
- 5 Pour les contrats de durée indéterminée, la valeur du marché est calculée en multipliant la rémunération mensuelle par 48.
- 6 Pour les contrats portant sur des prestations nécessaires périodiquement, la valeur du marché est calculée sur la base de la rémunération qui a été versée pour de telles prestations durant les douze mois précédents ou sur la base d'une estimation des besoins au cours des douze mois suivant la première commande.

## **Chapitre 4 Procédures d'adjudication**

#### **Art. 16 Valeurs seuils**

- 1 La procédure est choisie en fonction de la valeur du marché et des valeurs seuils indiquées aux annexes 1 et 2. Après consultation du Conseil fédéral, l'AiMp adapte périodiquement les valeurs seuils selon les engagements internationaux.
- 2 La Confédération garantit la participation des cantons à toute renégociation des engagements internationaux relatifs aux valeurs seuils.
- 3 Lorsque la valeur totale de plusieurs travaux de construction visés à l'annexe 1, ch. 1, qui sont nécessaires à la réalisation d'un même ouvrage atteint la valeur seuil déterminante pour l'application des accords internationaux, les dispositions du présent accord qui régissent les marchés soumis aux accords internationaux s'appliquent. En revanche, lorsque ces travaux de construction ont chacun une valeur inférieure à 2 millions de francs et que leur valeur cumulée ne dépasse pas 20 % de la valeur totale de l'ouvrage, ils sont soumis

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

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

#### **Art. 17** Types de procédures

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

#### **Art. 18** Procédure ouverte

- 1 Dans la procédure ouverte, l'adjudicateur lance un appel d'offres public pour le marché.
- 2 Tout soumissionnaire peut présenter une offre.

#### **Art. 19** Procédure sélective

- 1 Dans la procédure sélective, l'adjudicateur lance un appel d'offres public pour le marché en invitant les soumissionnaires à présenter, dans un premier temps, une demande de participation.
- 2 L'adjudicateur choisit les soumissionnaires autorisés à présenter une offre en fonction de leur aptitude.
- 3 L'adjudicateur peut limiter le nombre de soumissionnaires autorisés à présenter une offre, à condition qu'une concurrence efficace reste garantie. Il autorise si possible au moins trois soumissionnaires à présenter une offre.

#### **Art. 20** Procédure sur invitation

- 1 La procédure sur invitation est applicable aux marchés publics qui ne sont pas soumis aux accords internationaux et qui atteignent les valeurs seuils indiquées dans l'annexe 2.
- 2 Dans la procédure sur invitation, l'adjudicateur invite les soumissionnaires de son choix à présenter une offre, sans lancer d'appel d'offres public. À cette fin, il établit des documents d'appel d'offres. Il demande si possible au moins trois offres.

#### **Art. 21** Procédure de gré à gré

- 1 Dans la procédure de gré à gré, l'adjudicateur adjuge un marché public directement à un soumissionnaire, sans lancer d'appel d'offres. Il peut demander des offres à des fins de comparaison et procéder à des négociations.
- 2 L'adjudicateur peut adjuger un marché de gré à gré sans considération des valeurs seuils lorsqu'une des conditions suivantes est remplie:
  - a. aucune offre ou demande de participation n'est présentée dans le cadre de la procédure ouverte, sélective ou sur invitation, aucune offre ne satisfait aux exigences

- essentielles de l'appel d'offres ou ne respecte les spécifications techniques ou aucun soumissionnaire ne répond aux critères d'aptitude;
- b. des indices suffisants laissent penser que toutes les offres présentées dans le cadre de la procédure ouverte, sélective ou sur invitation résultent d'un accord illégitime affectant la concurrence;
  - c. un seul soumissionnaire entre en considération en raison des particularités techniques ou artistiques du marché ou pour des motifs relevant de la protection de la propriété intellectuelle, et il n'existe pas de solution de rechange adéquate;
  - d. en raison d'événements imprévisibles, l'urgence du marché est telle que, même en réduisant les délais, une procédure ouverte, sélective ou sur invitation ne peut être menée à bien;
  - e. un changement de soumissionnaire pour des prestations destinées à remplacer, à compléter ou à accroître des prestations déjà fournies n'est pas possible pour des raisons économiques ou techniques ou entraînerait des difficultés importantes ou une augmentation substantielle des coûts;
  - f. l'adjudicateur achète de nouvelles marchandises (prototypes) ou des prestations d'un nouveau genre qui ont été produites ou mises au point à sa demande dans le cadre d'un marché de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement original;
  - g. l'adjudicateur achète des prestations sur un marché de produits de base;
  - h. l'adjudicateur peut acheter des prestations à un prix nettement inférieur aux prix usuels à la faveur d'une offre avantageuse limitée dans le temps (notamment dans le cas de liquidations);
  - i. l'adjudicateur adjuge le marché complémentaire au lauréat d'un concours d'études ou d'un concours portant sur les études et la réalisation ou au lauréat d'une procédure de sélection liée à des mandats d'étude ou à des mandats portant sur les études et la réalisation; les conditions suivantes doivent être remplies:
    - 1. la procédure précédente a été organisée dans le respect des principes du présent accord,
    - 2. les propositions de solutions ont été jugées par un jury indépendant,
    - 3. l'adjudicateur s'est réservé dans l'appel d'offres le droit d'adjuger le marché complémentaire selon une procédure de gré à gré.
- 3 Pour chaque marché adjugé de gré à gré en vertu de l'al. 2, l'adjudicateur établit une documentation indiquant:
- a. les noms de l'adjudicateur et du soumissionnaire retenu;
  - b. la nature et la valeur de la prestation achetée;
  - c. les circonstances et conditions justifiant le recours à la procédure de gré à gré.

#### **Art. 22** Concours et mandats d'étude parallèles

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

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

#### **Art. 23** Enchères électroniques

- 1 L'adjudicateur peut recourir à une enchère électronique pour acquérir des prestations standardisées dans le cadre d'une procédure régie par le présent accord. Une enchère électronique est un processus comportant éventuellement plusieurs étapes au cours duquel les offres sont remaniées après une évaluation complète puis reclassées en utilisant des moyens électroniques. L'intention de recourir à une enchère électronique doit être mentionnée dans l'appel d'offres.
- 2 L'enchère électronique porte sur:
  - a. les prix, lorsque le marché est adjugé au soumissionnaire présentant l'offre dont le prix total est le plus bas, ou
  - b. les prix et les valeurs des autres éléments quantifiables de l'offre (comme le poids, le degré de pureté ou la qualité), lorsque le marché est adjugé au soumissionnaire présentant l'offre la plus avantageuse.
- 3 L'adjudicateur vérifie que les soumissionnaires remplissent les critères d'aptitude et que les offres respectent les spécifications techniques. Il procède à une première évaluation des offres sur la base des critères d'adjudication et de leur pondération respective. Avant le début de l'enchère, il communique à chaque soumissionnaire:
  - a. la méthode d'évaluation automatique, y compris la formule mathématique, qui est fondée sur les critères d'adjudication indiqués;
  - b. le résultat de l'évaluation initiale de son offre, et
  - c. tous les autres renseignements pertinents concernant le déroulement de l'enchère.
- 4 Tous les soumissionnaires admis à participer à l'enchère sont invités simultanément, par voie électronique, à présenter une nouvelle offre ou une offre modifiée. L'adjudicateur peut limiter le nombre de soumissionnaires admis, à condition d'avoir mentionné cette intention dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres.
- 5 L'enchère électronique peut comporter plusieurs étapes. Au terme de chaque étape, l'adjudicateur informe les soumissionnaires de leur position dans le classement.

#### **Art. 24** Dialogue

- 1 Lors d'une procédure d'adjudication ouverte ou sélective portant sur un marché complexe, sur des prestations intellectuelles ou sur des prestations innovantes, l'adjudicateur peut engager avec les soumissionnaires un dialogue visant à concrétiser l'objet du marché ainsi qu'à développer et à fixer les solutions ou les procédés applicables. L'intention de mener un dialogue doit être mentionnée dans l'appel d'offres.
- 2 Le dialogue ne peut être mené dans le but de négocier les prix et les prix totaux.
- 3 L'adjudicateur spécifie ses besoins et ses exigences dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres. Il indique en outre:

- a. le déroulement du dialogue;
  - b. la teneur possible du dialogue;
  - c. si et, le cas échéant, comment les soumissionnaires seront indemnisés pour leur participation au dialogue et pour l'utilisation de leurs droits de propriété intellectuelle, de leurs connaissances et de leur expérience;
  - d. les délais et les modalités de remise de l'offre définitive.
- 4 L'adjudicateur peut réduire le nombre de soumissionnaires participant au dialogue en fonction de critères objectifs et transparents.
- 5 Il consigne le déroulement et la teneur du dialogue de manière appropriée et compréhensible.

#### **Art. 25** Contrats-cadres

- 1 L'adjudicateur peut lancer un appel d'offres portant sur des contrats qui seront conclus avec un ou plusieurs soumissionnaires et qui ont pour objet de fixer les conditions auxquelles les prestations requises seront acquises au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne le prix et, le cas échéant, les quantités envisagées. Pendant la durée d'un tel contrat-cadre, l'adjudicateur peut conclure des contrats subséquents fondés sur ce dernier.
- 2 Les contrats-cadres ne peuvent être conclus avec pour intention ou effet d'empêcher ou de supprimer la concurrence.
- 3 La durée d'un contrat-cadre ne peut excéder cinq ans. Une prolongation automatique n'est pas possible. Une durée plus longue peut être prévue dans des cas dûment motivés.
- 4 Lorsqu'un contrat-cadre est conclu avec un seul soumissionnaire, les contrats subséquents sont conclus conformément aux conditions fixées dans ce contrat-cadre. L'adjudicateur peut demander par écrit au partenaire contractuel de compléter son offre en vue de la conclusion des contrats subséquents.
- 5 Lorsque, pour des raisons suffisantes, des contrats-cadres sont conclus avec plusieurs soumissionnaires, l'adjudicateur peut conclure les contrats subséquents soit aux conditions fixées dans le contrat-cadre concerné, sans nouvelle invitation à remettre une offre, soit selon la procédure suivante:
  - a. avant de conclure un contrat subséquent, l'adjudicateur consulte les partenaires contractuels par écrit et leur fait part de ses besoins spécifiques;
  - b. l'adjudicateur fixe aux partenaires contractuels un délai convenable pour la remise des offres pour le contrat subséquent concerné;
  - c. les offres doivent être remises par écrit et lient le soumissionnaire pendant la durée spécifiée dans la demande d'offres;
  - d. l'adjudicateur conclut le contrat subséquent avec le partenaire contractuel qui lui présente l'offre jugée la meilleure sur la base des critères définis dans les documents d'appel d'offres ou dans le contrat-cadre.

## Chapitre 5 Conditions d'adjudication

### Art. 26 Conditions de participation

- 1 Lors de la procédure d'adjudication ainsi que lors de l'exécution du marché adjugé, l'adjudicateur s'assure que les soumissionnaires et leurs sous-traitants remplissent les conditions de participation, dont en particulier le respect des exigences définies à l'art. 12, qu'ils ont payé les impôts et les cotisations sociales exigibles et qu'ils ne concluent pas d'accords illicites affectant la concurrence.
- 2 Il peut exiger des soumissionnaires qu'ils prouvent le respect des conditions de participation au moyen notamment d'une déclaration ou de leur inscription sur une liste.
- 3 Il indique dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres quelles preuves doivent être remises et à quel moment.

### Art. 27 Critères d'aptitude

- 1 L'adjudicateur définit de manière exhaustive, dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres, les critères d'aptitude auxquels doivent répondre les soumissionnaires. Ces critères doivent être objectivement nécessaires et vérifiables pour le marché concerné.
- 2 Les critères d'aptitude peuvent concerner en particulier les capacités professionnelles, financières, économiques, techniques et organisationnelles des soumissionnaires ainsi que leur expérience.
- 3 L'adjudicateur indique dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres quelles preuves les soumissionnaires doivent fournir et à quel moment.
- 4 Il ne peut poser comme condition que les soumissionnaires aient déjà obtenu un ou plusieurs marchés publics d'un adjudicateur soumis au présent accord.

### Art. 28 Listes

- 1 L'adjudicateur ou l'autorité compétente en vertu de la loi peut tenir une liste de soumissionnaires qui ont l'aptitude requise pour pouvoir obtenir des marchés publics.
- 2 Les indications suivantes doivent être publiées sur la plateforme Internet de la Confédération et des cantons:
  - a. source de la liste;
  - b. informations sur les critères à remplir;
  - c. méthodes de vérification et conditions d'inscription sur la liste;
  - d. durée de validité et procédure pour le renouvellement de l'inscription.
- 3 Une procédure transparente doit garantir qu'il est en tout temps possible de déposer une demande d'inscription, d'examiner ou de vérifier l'aptitude d'un soumissionnaire ainsi que d'inscrire un soumissionnaire sur la liste ou de l'en radier.
- 4 Les soumissionnaires qui ne figurent pas sur une liste sont également admis à participer à une procédure de passation de marchés, à condition d'apporter la preuve de leur aptitude.



- 5 Si la liste est supprimée, les soumissionnaires y figurant en sont informés.

#### **Art. 29** Critères d'adjudication

- 1 L'adjudicateur évalue les offres sur la base de critères d'adjudication en lien avec les prestations. Outre le prix et la qualité de la prestation, il peut notamment prendre en considération des critères tels que l'adéquation, les délais, la valeur technique, la rentabilité, les coûts du cycle de vie, l'esthétique, le développement durable, la plausibilité de l'offre, la créativité, le service après-vente, les conditions de livraison, l'infrastructure, le caractère innovant, la fonctionnalité, le service à la clientèle, les compétences techniques et l'efficacité de la méthode.
- 2 Pour les marchés non soumis aux accords internationaux, l'adjudicateur peut prendre en compte à titre complémentaire la mesure dans laquelle les soumissionnaires offrent des places de formation professionnelle initiale, des places de travail pour les travailleurs âgés ou une réinsertion pour les chômeurs de longue durée.
- 3 L'adjudicateur indique les critères d'adjudication et leur pondération dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres. Il peut renoncer à indiquer la pondération lorsque le marché porte sur des solutions, des propositions de solutions ou des procédés.
- 4 Les prestations standardisées peuvent être adjudgées sur la base du seul critère du prix le plus bas.

#### **Art. 30** Spécifications techniques

- 1 L'adjudicateur fixe les spécifications techniques nécessaires dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres. Celles-ci définissent les caractéristiques de l'objet du marché, telles que sa fonction, ses performances, sa qualité, sa sécurité, ses dimensions ou les procédés de production et fixent les exigences relatives au marquage ou à l'emballage.
- 2 Dans la mesure où cela est possible et approprié, l'adjudicateur fixe les spécifications techniques en se fondant sur des normes internationales ou, à défaut, sur des prescriptions techniques appliquées en Suisse, des normes nationales reconnues ou les recommandations de la branche.
- 3 Il ne peut être exigé de noms commerciaux, de marques, de brevets, de droits d'auteur, de designs, de types, d'origines ou de producteurs particuliers, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire l'objet du marché et à la condition que l'adjudicateur utilise alors des termes tels que «ou équivalent» dans les documents d'appel d'offres. La preuve de l'équivalence incombe au soumissionnaire.
- 4 L'adjudicateur peut prévoir des spécifications techniques permettant de préserver les ressources naturelles ou de protéger l'environnement.

**Art. 31** Communautés de soumissionnaires et sous-traitants

- 1 La participation de communautés de soumissionnaires et le recours à des sous-traitants sont admis, à moins que l'adjudicateur ne limite ou n'exclue ces possibilités dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres.
- 2 La participation multiple de sous-traitants ou la participation multiple de soumissionnaires à des communautés de soumissionnaires ne sont possibles que si elles sont explicitement admises dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres.
- 3 La prestation caractéristique doit en principe être fournie par le soumissionnaire.

**Art. 32** Lots et prestations partielles

- 1 Le soumissionnaire doit remettre une offre globale pour l'objet du marché.
- 2 L'adjudicateur peut diviser l'objet du marché en plusieurs lots et adjuger ceux-ci à un ou plusieurs soumissionnaires.
- 3 Lorsque l'adjudicateur a constitué des lots, les soumissionnaires peuvent présenter une offre pour plusieurs lots, à moins que l'adjudicateur n'ait prévu d'autres modalités dans l'appel d'offres. Il peut limiter le nombre de lots pouvant être adjugés à un même soumissionnaire.
- 4 L'adjudicateur qui se réserve le droit d'exiger des soumissionnaires une collaboration avec des tiers doit l'indiquer dans l'appel d'offres.
- 5 Il peut se réserver, dans l'appel d'offres, le droit d'adjuger des prestations partielles.

**Art. 33** Variantes

- 1 Le soumissionnaire est libre de proposer, en plus de son offre pour la prestation décrite dans l'appel d'offres, des variantes. L'adjudicateur peut limiter ou exclure cette possibilité dans l'appel d'offres.
- 2 On entend par variante une offre qui permet d'atteindre le but du marché d'une manière différente de celle prévue par l'adjudicateur.

**Art. 34** Exigences de forme

- 1 Les offres et les demandes de participation doivent être remises par écrit, de manière complète et dans les délais fixés, en respectant les indications figurant dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres.
- 2 Elles peuvent être remises par voie électronique lorsque cette possibilité est prévue dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres et que les exigences fixées par l'adjudicateur sont respectées.

**Chapitre 6** Déroulement de la procédure d'adjudication**Art. 35** Contenu de l'appel d'offres

L'appel d'offres contient au minimum les indications suivantes:

- a. le nom et l'adresse de l'adjudicateur;

- b. le genre de marché, le type de procédure, le code CPV<sup>84</sup> correspondant et en outre, pour les services, le code CPC<sup>85</sup> correspondant;
- c. la description des prestations, y compris la nature et la quantité ou, dans les cas où la quantité n'est pas connue, la quantité estimée, ainsi que les éventuelles options;
- d. le lieu et le délai d'exécution de la prestation;
- e. le cas échéant, la division en lots, la limitation du nombre de lots et la possibilité de présenter des offres partielles;
- f. le cas échéant, la limitation ou l'exclusion de la participation des communautés de soumissionnaires et du recours à des sous-traitants;
- g. le cas échéant, la limitation ou l'exclusion des variantes;
- h. pour les prestations nécessaires périodiquement, si possible le délai de publication du prochain appel d'offres et, le cas échéant, l'indication concernant la réduction du délai de remise des offres;
- i. le cas échéant, l'indication selon laquelle il y aura une enchère électronique;
- j. le cas échéant, l'intention de mener un dialogue;
- k. le délai de remise des offres ou des demandes de participation;
- l. les exigences de forme applicables à la remise des offres ou des demandes de participation, le cas échéant l'indication selon laquelle la prestation et le prix doivent être proposés dans deux enveloppes distinctes;
- m. la ou les langues de la procédure et des offres;
- n. les critères d'aptitude et les preuves requises;
- o. le cas échéant, le nombre maximal de soumissionnaires qui, dans le cadre d'une procédure sélective, seront invités à présenter une offre;
- p. les critères d'adjudication et leur pondération, lorsque ces indications ne figurent pas dans les documents d'appel d'offres;
- q. le cas échéant, le droit réservé d'adjudger des prestations partielles;
- r. la durée de validité des offres;
- s. l'adresse à laquelle les documents d'appel d'offres peuvent être obtenus et, le cas échéant, un émolument couvrant les frais;
- t. l'indication que le marché est ou non soumis aux accords internationaux;
- u. le cas échéant, les soumissionnaires préimpliqués et admis à la procédure;
- v. les voies de droit.

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

Les documents d'appel d'offres contiennent les indications suivantes, à moins que celles-ci ne figurent déjà dans l'appel d'offres:

- a. le nom et l'adresse de l'adjudicateur;

---

<sup>84</sup> CPV = «Common Procurement Vocabulary» (Vocabulaire commun pour les marchés publics de l'Union européenne).

<sup>85</sup> CPC = «Central Product Classification» (Classification centrale des produits des Nations Unies).

- b. l'objet du marché, y compris les spécifications techniques et les attestations de conformité, les plans, les dessins et les instructions nécessaires ainsi que les indications relatives aux quantités exigées;
- c. les exigences de forme, les conditions de participation à la procédure d'adjudication, y compris la liste des informations et des documents que les soumissionnaires doivent fournir en relation avec ces conditions, et l'éventuelle pondération des critères d'aptitude;
- d. les critères d'adjudication et leur pondération;
- e. lorsque l'adjudicateur passe le marché par voie électronique, les éventuelles exigences relatives à l'authentification et au cryptage des renseignements communiqués par voie électronique;
- f. lorsque l'adjudicateur prévoit une enchère électronique, les règles applicables à cette dernière, y compris les éléments de l'offre qui pourront être modifiés et qui seront évalués sur la base des critères d'adjudication;
- g. la date, l'heure et le lieu d'ouverture des offres, en cas d'ouverture publique des offres;
- h. toutes les autres modalités et conditions nécessaires à l'établissement des offres, en particulier la monnaie dans laquelle celles-ci doivent être présentées (en règle générale le franc suisse);
- i. les délais d'exécution des prestations.

#### **Art. 37** Ouverture des offres

- 1 Dans les procédures ouvertes, sélectives ou sur invitation, toutes les offres remises dans le délai imparti sont ouvertes par au minimum deux représentants de l'adjudicateur.
- 2 Un procès-verbal est établi à l'ouverture des offres. Il doit mentionner au minimum les noms des personnes présentes, les noms des soumissionnaires, la date de remise des offres, les éventuelles variantes ainsi que le prix total de chaque offre.
- 3 Lorsque la prestation et le prix doivent être proposés dans deux enveloppes distinctes, l'ouverture des enveloppes est régie par les al. 1 et 2, mais seuls les prix totaux devront être indiqués dans le procès-verbal d'ouverture des secondes enveloppes.
- 4 Le procès-verbal est rendu accessible sur demande à tous les soumissionnaires au plus tard après l'adjudication.

#### **Art. 38** Examen des offres

- 1 L'adjudicateur vérifie si les offres déposées respectent les exigences de forme. Les erreurs manifestes de calcul sont corrigées d'office.
- 2 L'adjudicateur peut demander aux soumissionnaires de donner des explications sur leurs offres. Il consigne les questions posées et les réponses obtenues.
- 3 L'adjudicateur qui reçoit une offre dont le prix est anormalement bas par rapport aux prix des autres offres doit demander les renseignements utiles au soumissionnaire afin de s'assurer que les conditions de participation sont remplies et que les autres exigences de l'appel d'offres ont été comprises.

- 4 Lorsque la prestation et le prix doivent être proposés dans deux enveloppes distinctes, l'adjudicateur établit dans un premier temps la liste des meilleures offres du point de vue qualitatif. Dans un second temps, il évalue les prix totaux.

**Art. 39** Rectification des offres

- 1 En vue de déterminer l'offre la plus avantageuse, l'adjudicateur peut, en collaboration avec les soumissionnaires, rectifier les offres en ce qui concerne les prestations et les modalités de leur exécution.
- 2 Une rectification n'est effectuée que:
  - a. si elle est indispensable pour clarifier l'objet du marché ou les offres ou pour rendre les offres objectivement comparables sur la base des critères d'adjudication, ou
  - b. si des modifications des prestations sont objectivement et matériellement nécessaires; dans ce cas, l'objet du marché, les critères et les spécifications ne peuvent cependant être adaptés de manière telle que la prestation caractéristique ou le cercle des soumissionnaires potentiels s'en trouvent modifiés.
- 3 Une adaptation des prix ne peut être demandée que dans le cadre d'une rectification effectuée pour l'une des raisons mentionnées à l'al. 2.
- 4 L'adjudicateur consigne dans des procès-verbaux les résultats de la rectification des offres.

**Art. 40** Évaluation des offres

- 1 Si les critères d'aptitude sont remplis et les spécifications techniques respectées, les offres sont examinées et évaluées sur la base des critères d'adjudication de manière objective, uniforme et traçable. L'adjudicateur établit un rapport sur l'évaluation.
- 2 Lorsque l'examen et l'évaluation approfondis des offres exigent des moyens considérables et à condition de l'avoir annoncé dans l'appel d'offres, l'adjudicateur peut soumettre toutes les offres à un premier examen sur la base des documents remis et les classer. Il choisit ensuite si possible les trois offres les mieux classées et les soumet à un examen et à une évaluation détaillés.

**Art. 41** Adjudication

Le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse.

**Art. 42** Conclusion du contrat

- 1 Le contrat peut être conclu avec le soumissionnaire retenu après l'écoulement du délai de recours contre l'adjudication, à moins que le Tribunal administratif cantonal n'ait accordé l'effet suspensif à un recours formé contre l'adjudication.

- 2 Lorsqu'une procédure de recours contre l'adjudication est pendante sans que l'effet suspensif ait été demandé ou octroyé, l'adjudicateur informe immédiatement le tribunal de la conclusion du contrat.

#### **Art. 43** Interruption

- 1 L'adjudicateur peut interrompre la procédure d'adjudication en particulier dans les cas suivants:
  - a. il renonce, pour des motifs suffisants, à adjuger le marché public;
  - b. aucune offre ne répond aux spécifications techniques ou aux autres exigences;
  - c. en raison de modifications des conditions-cadres, des offres plus avantageuses sont attendues;
  - d. les offres présentées ne permettent pas une acquisition économique ou dépassent nettement le budget;
  - e. il existe des indices suffisants d'un accord illicite affectant la concurrence entre les soumissionnaires;
  - f. une modification importante des prestations demandées est nécessaire.
- 2 En cas d'interruption justifiée de la procédure, les soumissionnaires n'ont pas droit à une indemnisation.

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

- 1 L'adjudicateur peut exclure un soumissionnaire de la procédure d'adjudication, le radier d'une liste ou révoquer une adjudication s'il est constaté que le soumissionnaire, un de ses organes, un tiers auquel il fait appel ou un organe de ce dernier:
  - a. ne remplit pas ou plus les conditions de participation à la procédure d'adjudication ou a un comportement qui compromet la conformité de cette dernière aux dispositions légales;
  - b. remet une offre ou une demande de participation qui est entachée d'importants vices de forme ou qui s'écarte de manière importante des exigences fixées dans l'appel d'offres;
  - c. a fait l'objet d'une condamnation entrée en force pour un délit commis au détriment de l'adjudicateur en cause ou pour un crime;
  - d. fait l'objet d'une procédure de saisie ou de faillite;
  - e. a enfreint les dispositions relatives à la lutte contre la corruption;
  - f. refuse de se soumettre aux contrôles qui ont été ordonnés;
  - g. ne paie pas les impôts ou les cotisations sociales exigibles;
  - h. n'a pas exécuté correctement des marchés publics antérieurs ou s'est révélé d'une autre manière ne pas être un partenaire fiable;



- i. a participé à la préparation du marché, sans que le désavantage concurrentiel qui en découle pour les autres soumissionnaires puisse être compensé par des moyens appropriés;
  - j. a fait l'objet, en vertu de l'art. 45, al. 1, d'une exclusion des futurs marchés publics entrée en force.
- 2 L'adjudicateur peut également prendre les mesures mentionnées à l'al. 1 lorsque des indices suffisants laissent penser en particulier que le soumissionnaire, un de ses organes, un tiers auquel il fait appel ou un organe de ce dernier:
  - a. a fourni à l'adjudicateur des indications fausses ou trompeuses;
  - b. a conclu un accord illicite affectant la concurrence;
  - c. remet une offre anormalement basse, sans prouver, après y avoir été invité, qu'il remplit les conditions de participation, et ne donne aucune garantie que les prestations faisant l'objet du marché à adjuger seront exécutées conformément au contrat;
  - d. a enfreint les règles professionnelles reconnues ou porté atteinte à son honneur ou à son intégrité professionnels par ses agissements ou omissions;
  - e. est insolvable;
  - f. ne respecte pas les dispositions relatives à la protection des travailleurs, les conditions de travail, les dispositions relatives à l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes, les dispositions relatives à la confidentialité, les dispositions du droit suisse en matière d'environnement ou les conventions internationales relatives à la protection de l'environnement déterminées par le Conseil fédéral;
  - g. a violé les obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la LTN<sup>86</sup>;
  - h. viole la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale<sup>87</sup>.

#### **Art. 45** Sanctions

- 1 Lorsqu'un soumissionnaire ou un sous-traitant se trouve, lui-même ou à travers ses organes, dans un ou plusieurs des cas énoncés à l'art. 44, al. 1, let. c et e, et 2, let. b, f et g, et que l'acte ou les actes concernés sont graves, il peut être exclu pour une durée maximale de cinq ans des futurs marchés ou se voir infliger une amende pouvant aller jusqu'à 10% du prix final de l'offre soit par l'adjudicateur, soit par l'autorité compétente en vertu de la loi. Dans les cas de peu de gravité, un avertissement peut être prononcé.
- 2 Ces sanctions peuvent être prononcées indépendamment de l'application d'autres mesures juridiques à l'encontre du soumissionnaire, du sous-traitant ou de leurs organes fautifs. Si l'adjudicateur ou l'autorité compétente en vertu de la loi soupçonne un accord illicite affectant la concurrence au sens de l'art. 44, al. 2, let. b, il ou elle en informe la Commission de la concurrence.

---

<sup>86</sup> RS 822.41

<sup>87</sup> RS 241

- 3 L'adjudicateur ou l'autorité compétente en vertu de la loi annonce à l'AiMp les exclusions entrées en force prononcées sur la base de l'al. 1. L'AiMp tient une liste non publique des soumissionnaires et sous-traitants sanctionnés, qui mentionne le motif et la durée de l'exclusion des marchés publics. Il veille à ce que tout adjudicateur puisse obtenir les données relatives à un soumissionnaire ou sous-traitant déterminé. À cet effet, il peut mettre en place une procédure de consultation en ligne des données. La Confédération et les cantons se donnent mutuellement accès à toutes les informations récoltées sur la base du présent article. À l'expiration de la sanction, l'inscription y relative est effacée de la liste.
- 4 Lorsqu'un adjudicateur contrevient au présent accord, l'autorité compétente en vertu de la loi édicte des instructions appropriées et se charge d'en assurer le respect.
- 5 Lorsque des contributions financières sont allouées pour un marché public, elles peuvent être supprimées en tout ou en partie ou faire l'objet d'une demande de restitution en cas de violation du présent accord par l'adjudicateur.

## Chapitre 7 Délais et publications, statistiques

### Art. 46 Délais

- 1 L'adjudicateur fixe les délais de remise des offres ou des demandes de participation en tenant compte de la complexité du marché, du nombre probable de contrats de sous-traitance ainsi que des modes de transmission des offres ou des demandes de participation.
- 2 Pour les marchés soumis aux accords internationaux, les délais minimaux suivants sont applicables:
  - a. dans la procédure ouverte, 40 jours à compter de la publication de l'appel d'offres pour la remise des offres;
  - b. dans la procédure sélective, 25 jours à compter de la publication de l'appel d'offres pour la remise des demandes de participation et 40 jours à compter de l'invitation à remettre une offre pour la remise des offres.
- 3 Une prolongation de ces délais doit être annoncée en temps utile à tous les soumissionnaires ou être publiée.
- 4 Pour les marchés non soumis aux accords internationaux, le délai de remise des offres est en général d'au moins 20 jours. Dans le cas de prestations largement standardisées, il peut être réduit à 5 jours au minimum.

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

- 1 En cas d'urgence dûment établie, l'adjudicateur peut réduire les délais minimaux visés à l'art. 46, al. 2, à 10 jours au minimum.
- 2 Il peut réduire le délai minimal de remise des offres de 40 jours fixé à l'art. 46, al. 2, de 5 jours par condition remplie lorsque:
  - a. l'appel d'offres est publié par voie électronique;
  - b. les documents d'appel d'offres sont publiés simultanément par voie électronique,
  - c. les offres transmises par voie électronique sont admises.

- 3 Il peut réduire le délai minimal de remise des offres de 40 jours fixé à l'art. 46, al. 2, à 10 jours au minimum lorsqu'il a publié, au moins 40 jours et au plus 12 mois avant la publication de l'appel d'offres, un avis préalable mentionnant:
  - a. l'objet du marché envisagé;
  - b. le délai approximatif de remise des offres ou des demandes de participation;
  - c. le fait que les soumissionnaires intéressés devraient faire part à l'adjudicateur de leur intérêt pour le marché;
  - d. l'adresse à laquelle les documents d'appel d'offres pourront être obtenus;
  - e. toutes les autres indications énumérées à l'art. 35 qui sont déjà disponibles à cette date.
- 4 Il peut réduire le délai minimal de remise des offres de 40 jours fixé à l'art. 46, al. 2, à 10 jours au minimum lorsqu'il acquiert des prestations nécessaires périodiquement et qu'il a annoncé cette réduction de délai dans un précédent appel d'offres.
- 5 Au surplus, lorsque l'adjudicateur achète des marchandises ou des services commerciaux ou une combinaison des deux, il peut dans tous les cas réduire le délai de remise des offres à 13 jours au minimum, à condition de publier simultanément par voie électronique l'appel d'offres et les documents d'appel d'offres. En outre, si l'adjudicateur accepte de recevoir des offres pour des marchandises ou des services commerciaux par voie électronique, il peut réduire le délai de remise des offres à 10 jours au minimum.

#### **Art. 48** Publications

- 1 Dans les procédures ouvertes ou sélectives, l'adjudicateur publie l'avis préalable, l'appel d'offres, l'adjudication et l'interruption de la procédure sur une plateforme Internet pour les marchés publics exploitée conjointement par la Confédération et les cantons. Il publie également les adjudications de gré à gré des marchés soumis aux accords internationaux.
- 2 Les documents d'appel d'offres sont en général mis à disposition en même temps et par voie électronique. L'accès à ces publications est gratuit.
- 3 L'organisation chargée par la Confédération et les cantons de développer et d'exploiter la plateforme Internet peut percevoir des rémunérations ou des émoluments auprès des adjudicateurs, des soumissionnaires et d'autres personnes utilisant la plateforme ou les services associés. Les montants perçus sont déterminés par le nombre de publications ou l'étendue des prestations fournies.
- 4 Lorsque l'appel d'offres pour un marché soumis aux accords internationaux n'est pas publié dans une des langues officielles de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), l'adjudicateur en publie simultanément un résumé dans une des langues officielles de l'OMC. Ce résumé mentionne au minimum:
  - a. l'objet du marché;
  - b. le délai de remise des offres ou des demandes de participation;
  - c. l'adresse à laquelle les documents d'appel d'offres peuvent être obtenus.
- 5 Pour les marchés non soumis aux accords internationaux, il convient de tenir compte de la langue du lieu où le marché sera exécuté.

- 6 Les adjudications des marchés soumis aux accords internationaux doivent en principe être publiées dans un délai de 30 jours. L'avis contient les indications suivantes:
  - a. le type de procédure utilisé;
  - b. l'objet et l'étendue du marché;
  - c. le nom et l'adresse de l'adjudicateur;
  - d. la date de l'adjudication;
  - e. le nom et l'adresse du soumissionnaire retenu;
  - f. le prix total de l'offre retenue, taxe sur la valeur ajoutée comprise.
- 7 Les cantons peuvent prévoir des organes de publication supplémentaires.

#### **Art. 49** Conservation des documents

- 1 Les adjudicateurs conservent les documents déterminants en lien avec une procédure d'adjudication pendant au moins trois ans à compter de l'entrée en force de l'adjudication.
- 2 Font partie des documents à conserver:
  - a. l'appel d'offres;
  - b. les documents d'appel d'offres;
  - c. le procès-verbal d'ouverture des offres;
  - d. la correspondance relative à la procédure d'adjudication;
  - e. les procès-verbaux relatifs à la rectification des offres;
  - f. les décisions rendues dans le cadre de la procédure d'adjudication;
  - g. l'offre retenue;
  - h. les données permettant de reconstituer le déroulement d'une procédure d'adjudication menée par voie électronique;
  - i. la documentation relative aux adjudications de gré à gré de marchés publics soumis aux accords internationaux.
- 3 Pendant la durée de leur conservation, les documents doivent être traités de manière confidentielle, à moins que le présent accord ne prévienne leur divulgation. Sont réservés les devoirs légaux d'information.

#### **Art. 50** Statistiques

- 1 Dans les douze mois suivant la fin de chaque année civile, les cantons établissent à l'intention du Secrétariat d'État à l'économie (SECO) une statistique électronique sur les marchés soumis aux accords internationaux qui ont été adjugés au cours de l'année précédente.
- 2 Les statistiques contiennent au minimum les indications suivantes:
  - a. le nombre et la valeur totale des marchés publics qui ont été adjugés par chaque adjudicateur, ventilés entre les marchés de construction, les marchés de fournitures et les marchés de services, avec indication des codes CPC ou CPV;
  - b. le nombre et la valeur totale des marchés publics adjugés de gré à gré;

- c. des estimations pour les données requises aux let. a et b, accompagnées d'une explication de la méthode utilisée pour établir les estimations, dans les cas où il n'est pas possible de fournir les données.
- 3 La valeur totale indiquée doit comprendre la taxe sur la valeur ajoutée.
- 4 La statistique globale du SECO est accessible au public, sous réserve de la protection des données et de la préservation des secrets d'affaires.

## Chapitre 8 Voies de droit

### Art. 51 Notification des décisions

- 1 L'adjudicateur notifie ses décisions aux soumissionnaires soit par publication, soit par notification individuelle. Les soumissionnaires ne peuvent invoquer le droit d'être entendu avant la notification de la décision.
- 2 Les décisions sujettes à recours doivent être sommairement motivées et indiquer les voies de droit.
- 3 La motivation sommaire d'une adjudication comprend:
  - a. le type de procédure d'adjudication utilisé et le nom du soumissionnaire retenu;
  - b. le prix total de l'offre retenue;
  - c. les caractéristiques et avantages décisifs de l'offre retenue;
  - d. le cas échéant, les motifs du recours à la procédure de gré à gré.
- 4 L'adjudicateur ne peut fournir aucun renseignement dont la divulgation:
  - a. enfreindrait le droit en vigueur ou porterait atteinte à l'intérêt public;
  - b. porterait atteinte aux intérêts commerciaux légitimes des soumissionnaires, ou
  - c. pourrait nuire à une concurrence loyale entre les soumissionnaires.

### Art. 52 Recours

- 1 Les décisions de l'adjudicateur peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif cantonal en tant qu'instance cantonale unique, à tout le moins, lorsque la valeur du marché atteint la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation.
- 2 Les recours concernant les marchés des tribunaux supérieurs cantonaux relèvent directement de la compétence du Tribunal fédéral.
- 3 Les soumissionnaires étrangers ne peuvent faire recours contre des décisions relatives à des marchés non soumis aux accords internationaux que si l'État dans lequel ils ont leur siège accorde la réciprocité.

### Art. 53 Objets du recours

- 1 Seules les décisions suivantes sont sujettes à recours:
  - a. l'appel d'offres;
  - b. la décision concernant le choix des participants à la procédure sélective;
  - c. la décision d'inscrire un soumissionnaire sur une liste ou de l'en radier;
  - d. la décision concernant les demandes de récusation;

- e. l'adjudication;
  - f. la révocation de l'adjudication;
  - g. l'interruption de la procédure;
  - h. l'exclusion de la procédure;
  - i. le prononcé d'une sanction;
- 2 Les prescriptions contenues dans les documents d'appel d'offres dont l'importance est identifiable ne peuvent être contestées que dans le cadre d'un recours contre l'appel d'offres.
  - 3 Les dispositions du présent accord relatives au droit d'être entendu dans la procédure de décision, à l'effet suspensif et à la restriction des motifs de recours ne sont pas applicables en cas de recours contre le prononcé d'une sanction.
  - 4 Les décisions mentionnées à l'al. 1, let. c et i, peuvent faire l'objet d'un recours sans égard à la valeur du marché.
  - 5 Pour le reste, les décisions rendues sur la base du présent accord ne sont pas sujettes à recours.
  - 6 La conclusion de contrats subséquents au sens de l'art. 25, al. 4 et 5, ne peut faire l'objet d'un recours.

#### **Art. 54** Effet suspensif

- 1 Le recours n'a pas effet suspensif.
- 2 Sur demande, le Tribunal administratif cantonal peut accorder l'effet suspensif au recours, lorsque celui-ci paraît suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public prépondérant ne s'y oppose. En matière d'effet suspensif, il n'y a en règle générale qu'un échange d'écritures.
- 3 Une demande d'octroi de l'effet suspensif abusive ou contraire à la bonne foi n'est pas protégée. Les demandes en dommages-intérêts de l'adjudicateur et du soumissionnaire retenu relèvent de la compétence des tribunaux civils.

#### **Art. 55** Droit applicable

Sauf disposition contraire du présent accord, les procédures de décision et de recours sont régies par les dispositions des législations cantonales sur la procédure administrative.

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

- 1 Les recours, dûment motivés, doivent être déposés par écrit dans un délai de 20 jours à compter de la notification de la décision.
- 2 Les fêtes judiciaires ne s'appliquent pas.
- 3 Le recours peut être formé pour:
  - a. violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation ;
  - b. constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents.



- 4 L'opportunité d'une décision ne peut être examinée dans le cadre d'une procédure de recours.
- 5 Seules les personnes qui prouvent qu'elles peuvent et veulent fournir les prestations demandées ou des prestations équivalentes peuvent faire recours contre les adjudications de gré à gré. Ne peuvent être invoqués que l'application induite de la procédure de gré à gré et le grief selon lequel l'adjudication est entachée de corruption.

#### **Art. 57** Consultation des pièces

- 1 Au cours de la procédure de décision, les soumissionnaires n'ont pas le droit de consulter les pièces.
- 2 Dans la procédure de recours, le recourant peut, sur demande, consulter les pièces relatives à l'évaluation de son offre et les autres pièces de la procédure déterminantes pour la décision, à moins qu'un intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose.

#### **Art. 58** Décision sur recours

- 1 L'autorité de recours peut soit statuer elle-même, soit renvoyer l'affaire à l'autorité précédente ou à l'adjudicateur. En cas de renvoi, elle donne des instructions impératives.
- 2 Lorsque le recours s'avère bien fondé et que le contrat a déjà été conclu avec le soumissionnaire retenu, l'autorité de recours constate le caractère illicite de la décision.
- 3 En même temps qu'elle procède à la constatation de la violation du droit, l'autorité de recours statue sur une éventuelle demande en dommages-intérêts.
- 4 Les dommages-intérêts sont limités aux dépenses que le soumissionnaire a dû engager en relation avec la préparation et la remise de son offre.

#### **Art. 59** Révision

Lorsque l'autorité de recours est appelée à statuer sur une demande de révision, l'art. 60, al. 2, est applicable par analogie.

## **Chapitre 9 Autorités**

#### **Art. 60** Commission des marchés publics Confédération-cantons

- 1 La surveillance du respect des engagements internationaux de la Suisse en matière de marchés publics incombe à la Commission des marchés publics Confédération-cantons (CMCC). Celle-ci est composée à parts égales de représentants de la Confédération et de représentants des cantons. Le secrétariat est assuré par le SECO.
- 2 La CMCC assume notamment les tâches suivantes:
  - a. définir à l'intention du Conseil fédéral la position de la Suisse dans les organismes internationaux et conseiller les délégations suisses participant à des négociations;
  - b. promouvoir les échanges d'informations et d'expériences entre la Confédération et les cantons et élaborer des recommandations pour la transposition en droit suisse des engagements internationaux de la Suisse;

- c. soigner les contacts avec les autorités de surveillance étrangères;
  - d. donner des conseils et, dans des cas particuliers, servir de médiateur lors de différends liés aux affaires visées aux let. a à c.
- 3 Lorsque des indices laissent penser que les engagements internationaux de la Suisse en matière de marchés publics sont violés, la CMCC peut intervenir auprès des autorités de la Confédération ou des cantons et les amener à clarifier la situation et, en cas d'irrégularités avérées, à prendre les mesures nécessaires.
- 4 La CMCC peut procéder à des expertises ou en faire effectuer par des experts.
- 5 Elle se dote d'un règlement interne. Celui-ci doit être approuvé par le Conseil fédéral et par l'AiMp.

#### **Art. 61** Autorité intercantonale

- 1 Les membres de la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement représentant les cantons parties au présent accord, forment l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp).
- 2 L'AiMp assume notamment les tâches suivantes:
- a. édicter le présent accord;
  - b. procéder aux modifications du présent accord, sous réserve de l'approbation des cantons parties;
  - c. adapter les valeurs seuils;
  - d. proposer au Conseil fédéral une exemption au présent accord et prendre acte des demandes en ce sens des adjudicateurs selon l'art. 7, al. 1 (clause d'exemption);
  - e. surveiller la mise en œuvre du présent accord par les cantons et désigner un organe de contrôle;
  - f. tenir la liste des soumissionnaires et sous-traitants sanctionnés conformément à l'art. 45, al. 3;
  - g. adopter un règlement fixant les règles d'organisation et de procédure pour l'application du présent accord;
  - h. agir comme organe de contact dans le cadre des accords internationaux;
  - i. désigner les délégués cantonaux aux commissions nationales et internationales et approuver les règles de fonctionnement de celles-ci.
- 3 L'AiMp prend ses décisions à la majorité des trois-quarts des représentants présents, pour autant que la moitié des cantons soit représentée. Chaque canton partie à l'accord dispose d'une voix, qui est exprimée par un membre de son gouvernement.
- 4 L'AiMp collabore avec les Conférences des chefs de départements cantonaux concernées, avec les Conférences spécialisées des cantons et avec la Confédération.

#### **Art. 62** Contrôles

- 1 Les cantons veillent au respect du présent accord.
- 2 L'AiMp traite les dénonciations de cantons concernant le respect du présent accord par les autres cantons.

- 3 Les dénonciations de particuliers concernant le respect du présent accord par les cantons sont traitées par l'AiMp. La dénonciation ne permet pas de se voir reconnaître la qualité de partie et ne donne pas droit à une décision.
- 4 L'AiMp édicte un règlement à ce sujet.

## Chapitre 10 Dispositions finales

### Art. 63 Adhésion, dénonciation, modification et annulation

- 1 Chaque canton peut adhérer au présent accord par simple déclaration adressée à l'AiMp.
- 2 Le présent accord peut être dénoncé pour la fin d'une année civile moyennant un préavis de six mois adressé à l'AiMp.
- 3 Toute adhésion ou dénonciation, ainsi que toute modification ou annulation du présent accord seront communiquées à la Chancellerie fédérale par l'AiMp.
- 4 Dans le respect des engagements internationaux de la Suisse, les cantons peuvent édicter des dispositions d'exécution, en particulier pour les art. 10, 12 et 26.

### Art. 64 Droit transitoire

- 1 Les procédures d'adjudication qui ont été lancées avant l'entrée en vigueur du présent accord sont régies par l'ancien droit jusqu'à leur clôture.
- 2 En cas de dénonciation par un canton, le présent accord s'applique à la passation des marchés publics ayant fait l'objet d'un appel d'offres avant la fin de l'année civile pour laquelle la dénonciation est effective.

### Art. 65 Entrée en vigueur

- 1 Le présent accord entre en vigueur dès que deux cantons y ont adhéré. Son entrée en vigueur est communiquée à la Chancellerie fédérale par l'AiMp.
- 2 L'accord du 15 mars 2001 reste applicable aux cantons qui n'ont pas adhéré au présent accord.

### Annexes Cantons

Annexe 1 : Valeurs seuils applicables aux marchés soumis aux accords internationaux

Annexe 2 : Valeurs seuils et procédures applicables aux marchés non soumis aux accords internationaux

Annexe 3 : Conventions fondamentales de l'Organisation Internationale du Travail (OIT)

Annexe 4: Conventions pertinentes pour la protection de l'environnement et des ressources naturelles

## 8 Annexe 1

### Valeurs seuils applicables aux marchés soumis aux accord internationaux

#### a) Accord relatif aux marchés publics (OMC)

Adjudicateur	Valeurs seuils en CHF (Valeurs seuils en DTS)		
	Marchés de construction (valeur totale)	Fournitures	Prestations de service
Cantons	<b>8'700'000 CHF</b> (5'000'000 DTS)	<b>350'000 CHF</b> (200'000 DTS)	<b>350'000 CHF</b> (200'000 DTS)
Autorités et entreprises publiques dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications	<b>8'700'000 CHF</b> (5'000'000 DTS)	<b>700'000 CHF</b> (400'000 DTS)	<b>700'000 CHF</b> (400'000 DTS)

#### b) En vertu de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération, les adjudicateurs suivants sont également soumis aux dispositions des accords internationaux

Adjudicateur	Valeurs seuils en CHF (Valeurs seuils en Euro)		
	Marchés de construction (valeur totale)	Fournitures	Prestations de service
Communes / districts	<b>8'700'000 CHF</b> (6'000'000 Euro)	<b>350'000 CHF</b> (240'000 Euro)	<b>350'000 CHF</b> (240'000 Euro)
Entreprises privées disposant d'un droit spécial ou exclusif, dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et du transport	<b>8'700'000 CHF</b> (6'000'000 Euro)	<b>700'000 CHF</b> (480'000 Euro)	<b>700'000 CHF</b> (480'000 Euro)

<i>Entreprises publiques ou privées ayant des droits spéciaux ou exclusifs dans le secteur du transport ferroviaire et dans le secteur énergétique (approvisionnement en gaz et en chaleur)</i>	<b>8'000'000 CHF</b> (5'000'000 Euro)	<b>640'000 CHF</b> (400'000 Euro)	<b>640'000 CHF</b> (400'000 Euro)
<i>Entreprises publiques ou privées ayant des droits spéciaux et exclusifs dans le secteur des télécommunications*</i>	<b>8'000'000 CHF</b> (5'000'000 Euro)	<b>960'000 CHF</b> (600'000 Euro)	<b>960'000 CHF</b> (600'000 Euro)

\* Ce secteur est exempté (ordonnance du DETEC sur l'exemption du droit des marchés publics, spécialement annexe – RS 172.056.111)

## 9 Annexe 2

### *Valeurs seuils et procédures applicables aux marchés non soumis aux accords internationaux*

Champ d'application	Fournitures (valeurs seuils en CHF)	Services (valeurs seuils en CHF)	Construction (valeurs seuils en CHF)	
			Second œuvre	Gros œuvre
Procédure de gré à gré	en dessous de 150'000	en dessous de 150'000	en dessous de 150'000	en dessous de 300'000
Procédure sur invitation	en dessous de 250'000	en dessous de 250'000	en dessous de 250'000	en dessous de 500'000
Procédure ouverte / sélective	dès 250'000	dès 250'000	dès 250'000	dès 500'000



## 10 Annexe 3

### ***Conventions fondamentales de l'Organisation Internationale du Travail (OIT)<sup>88</sup>***

- Convention n° 29 du 28 juin 1930 concernant le travail forcé ou obligatoire (RS **0.822.713.9**) ;
- Convention n° 87 du 9 juillet 1948 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical (RS **0.822.719.7**) ;
- Convention n° 98 du 1er juillet 1949 concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective (RS **0.822.719.9**) ;
- Convention n° 100 du 29 juin 1951 concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale (RS **0.822.720.0**) ;
- Convention n° 105 du 25 juin 1957 concernant l'abolition du travail forcé (RS **0.822.720.5**) ;
- Convention n° 111 du 25 juin 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession (RS **0.822.721.1**) ;
- Convention n° 138 du 26 juin 1973 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi (RS **0.822.723.8**) ;
- Convention n° 182 du 17 juin 1999 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination (RS **0.822.728.2**).

---

<sup>88</sup> Parallèlement aux conventions fondamentales selon la présente annexe, l'adjudicateur peut également exiger, en guise de normes internationales en matière de conditions de travail, le respect des principes d'autres conventions de l'Organisation Internationale du Travail (OIT), pour autant que la Suisse les ait ratifiées.

## 11 Annexe 4

### *Conventions pertinentes pour la protection de l'environnement et des ressources naturelles*

- Convention de Vienne du 22 mars 1985 pour la protection de la couche d'ozone (RS **0.814.02**) et le protocole de Montréal relatif du 16 septembre 1987 à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone conclu dans le cadre de cette convention (RS **0.814.021**) ;
- Convention de Bâle du 22 mars 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (RS **0.814.05**) ;
- Convention de Stockholm du 22 mai 2001 sur les polluants organiques persistants (RS **0.814.03**) ;
- Convention de Rotterdam du 10 septembre 1998 sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet du commerce international (RS **0.916.21**) ;
- Convention du 5 juin 1992 sur la diversité biologique (RS **0.451.43**) ;
- Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques du 9 mai 1992 (RS **0.814.01**) ;
- Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (RS **0.453**) ;
- Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance du 13 novembre 1979 et les huit protocoles ratifiés par la Suisse dans le cadre de cette convention (RS **0.814.32**).