

Avant-projet concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (AP-LMP)

Rapport sur les résultats de la procédure de consultation

18 novembre 2009

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES MATIÈRES	II
LISTE DES ABRÉVIATIONS	IV
CONDENSÉ	VII
1. MODERNISATION	1
1.1 Coopération en matière de marchés (art. 7 AP-LMP)	1
1.2 Variantes (art. 24 AP-LMP)	2
1.3 Distinction entre les critères d'adjudication monétaires et non monétaires (art. 32, al. 2, AP-LMP)	3
1.4 Enchères électroniques (art. 48 AP-LMP)	3
1.5 Forme (art. 54 AP-LMP)	4
1.6 Organe de publication officiel (art. 55 AP-LMP)	4
2. CLARIFICATION	5
2.1 Prise en compte des aspects sociaux	5
2.1.1 <i>Conditions de travail: principe du lieu d'exécution ou du lieu de provenance (art. 25, al. 3, AP-LMP)</i>	5
2.1.2 <i>Conditions de travail: conditions de travail et dispositions relatives à la protection des travailleurs fixées par l'Etat (art. 25, al. 1, let. b) ainsi que conditi ons de travail usuelles du lieu et de la branche (art. 29, al. 1, let. a, AP-LMP)</i>	5
2.1.3 <i>Prise en compte des places de formation offertes (art. 39, al. 5, AP-LMP)</i>	6
2.2 Voies de droit	6
2.2.1 <i>Voies de droit uniquement pour les marchés publics internationaux (art. 68 AP-LMP)</i>	6
2.2.2 <i>Effet suspensif (art. 76 AP-LMP)</i>	7
2.2.3 <i>Domages-intérêts (art. 78 et 81 AP-LMP)</i>	8
2.3 Notion de marché et champ d'application	8
2.3.1 <i>Marché public (art. 3 AP-LMP)</i>	8
2.3.2 <i>Adjudicateur (art. 4 AP-LMP)</i>	9
2.4 Offre économiquement la plus avantageuse	9
2.4.1 <i>Rectification des offres (art. 37 AP-LMP)</i>	9
2.4.2 <i>Modification des exigences ou des critères (art. 38 AP-LMP)</i>	10
2.4.3 <i>Détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 39 AP-LMP)</i>	10
2.5 Autres clarifications	10
2.5.1 <i>Exclusion pour préimplication (art. 28 AP-LMP)</i>	10

2.5.2	Contrat (art. 43 et 43a AP-LMP).....	11
3.	FLEXIBILISATION.....	11
3.1	Description de la prestation; appel d'offres fonctionnel (art. 21 AP-LMP)	12
3.1.1	<i>Description de la prestation (al. 1).....</i>	12
3.1.2	<i>Appel d'offres fonctionnel (al. 2).....</i>	12
3.1.3	<i>Communication des exigences impératives (al. 3).....</i>	12
3.2	Ouverture des offres (art. 36 AP-LMP)	13
3.2.1	<i>Principe de l'ouverture en présence de deux personnes (al. 2).....</i>	13
3.2.2	<i>Ouverture des offres (al. 4)</i>	13
3.3	Concours (art. 45 AP-LMP)	13
3.3.1	<i>Généralités</i>	13
3.3.2	<i>Principe (al. 1)</i>	13
3.3.3	<i>Remise anonyme des travaux (al. 2).....</i>	14
3.3.4	<i>Appréciation par le jury (al. 3)</i>	14
3.3.5	<i>Prix en espèces (al. 4).....</i>	14
3.3.6	<i>Composition et tâches du jury (al. 5).....</i>	14
3.4	Dialogue (art. 46 AP-LMP).....	15
3.5	Négociation (art. 47 AP-LMP).....	15
3.6	Listes permanentes (art. 49 AP-LMP)	16
3.7	Délais et raccourcissement des délais (art. 51-53 AP-LMP)	17
3.7.1	<i>Délais minimaux (art. 52)</i>	17
3.7.2	<i>Raccourcissement (art. 53)</i>	17
4.	HARMONISATION.....	18
4.1	Unification partielle (art. 1 et 6 AP-LMP; explications générales dans le recueil des prises de position).....	18
4.2	Seuils (art. 15 AP-LMP).....	20
4.3	Exigences relatives à l'appel d'offres (art. 18 ss. AP-LMP)	21
4.4	Critères d'évaluation (art. 30 à 32 AP-LMP)	22
4.4.1	<i>Critères d'évaluation en général (art. 30 AP-LMP).....</i>	22
4.4.2	<i>Critères de qualification (art. 31 et annexe 2 AP-LMP)</i>	22
4.4.3	<i>Critères d'adjudication (art. 32 AP-LMP)</i>	23
4.5	Commission suisse des marchés publics (art. 85 AP-LMP)	24

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AES	Association des entreprises électriques suisses
AIG	Aéroport International de Genève
AlpTransit	AlpTransit Gotthard SA
ASA	Association Suisse d'Assurances
ASIP	Association suisse des Institutions de prévoyance
ASR	Autorité fédérale de surveillance en matière de révision
BE	Canton de Berne
BLS	BLS SA
CDF	Contrôle fédéral des finances
CFB	Commission fédérale des banques (aujourd'hui: Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, FINMA)
CFF	Chemins de fer fédéraux
CHfms	Swiss Facility Management Services
CHGEOL	Association suisse des géologues
CNA	Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents
COMCO	Commission de la concurrence
Conseil des EPF	Conseil des écoles polytechniques fédérales
constructionsuisse	l'organisation nationale de la construction
crb	Centre suisse d'études pour la rationalisation de la construction
DSN	Délégation de surveillance de la NLFA
DTAP	Conférence des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement
economiesuisse	Fédération des entreprises suisses
ePower	Initiative «ePower pour la Suisse!», soutenue par le Parlement et l'économie
FAS	Fédération des Architectes Suisses
FASMED	Fédération des associations suisses du commerce et de l'industrie de la technologie médicale
FER	Fédération des Entreprises Romandes
FIPOI	Fondation Immobilière pour les Organisations Internationales
FSA	Fédération Suisse des Avocats
fsai	Fédération suisse des architectes indépendants
GE	Canton de Genève
GR	Canton des Grisons
H+	Les hôpitaux de Suisse
IPI	Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle
ISCOM	International Social Compliance Verification

Isolsuisse	Association suisse des entreprises d'isolation
KGL	Gewerbeverband Kanton Luzern
Les Verts	Parti écologiste suisse
OSEO	Œuvre suisse d'entraide ouvrière
PDC	Parti démocrate-chrétien
PEV	Parti Evangélique Suisse
PLR	PLR.Les Libéraux-Radicaux
PPP	Association PPP (Public Private Partnership) Suisse
PUBLICA	Caisse fédérale de pensions
Pusch	Fondation suisse pour la pratique environnementale
PS	Parti socialiste suisse
RUAG	RUAG Holding
SAB	Groupement suisse pour les régions de montagne
SEC Suisse	Société suisse des employés de commerce
SG	Canton de St. Gall
SIA	Société suisse des ingénieurs et des architectes
SIG	Services Industriels de Genève
Skyguide	Société Anonyme Suisse pour les Services de la Navigation Aérienne civils et militaires
SO	Canton de Soleure
SSE	Société Suisse des Entrepreneurs
SSP	Syndicat suisse des services publics
suissetec	Association suisse et liechtensteinoise de la technique du bâtiment
SWICO	Association économique suisse de la bureautique, de l'informatique, de la télématique et de l'organisation
SWISSMEM	L'industrie suisse des machines, des équipements électriques et des métaux
Swiss Engineering	Swiss Engineering UTS; association professionnelle des ingénieurs et des architectes
Swiss Textiles	Fédération Textile Suisse
swissT.net	Swiss Technology Network
TI	Canton du Tessin
TPG	Transports Publics Genevois
Travail.Suisse	Organisation faîtière des travailleurs
UDC	Union Démocratique du Centre
Unique	Unique (Flughafen Zürich AG)
usam	Union suisse des arts et métiers
USAT	Union Suisse Automation et Tableaux électriques

USM	Union Suisse du Métal
USS	Union syndicale suisse
usic	Union Suisse des Sociétés d'Ingénieurs-Conseils
USIC	Union Suisse des Carrossiers
USIE	Union suisse des installateurs-électriciens
VD	Canton de Vaud
Viscom	Association suisse pour la communication visuelle
VSG	Association suisse des entrepreneurs de construction de voies ferrées
WBCB	WBCB Bern-Espace Mittelland
WWF	WWF Suisse (World Wide Fund For Nature)
ZH	Canton de Zurich

CONDENSÉ

Le 30 mai 2008, le Conseil fédéral a ouvert la procédure de consultation concernant l'avant-projet de révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (avant-projet; AP-LMP). La consultation s'est achevée le 15 novembre 2008. L'avant-projet a suscité un grand intérêt: plus de 140 avis ont été émis, ce qui représente plus de 1 000 pages de remarques et de propositions. Tandis que certains avis exprimaient clairement l'approbation, beaucoup se bornaient à mentionner une adaptation souhaitée dans un passage précis. Il a donc été supposé que les personnes devant prendre position acceptaient tacitement l'avant-projet dès lors qu'elles ne formulaient aucune remarque contraire dans le détail.

L'avant-projet poursuit quatre objectifs: moderniser, clarifier, assouplir et harmoniser sur le plan national le droit des marchés publics de la Confédération. Dans l'ensemble, il a reçu un écho positif. La majorité des personnes devant se prononcer soutiennent les propositions relatives aux objectifs «Moderniser» et «Flexibiliser». Certains sujets de portée politique concernant l'objectif «Clarifier» ont été diversement appréciés. Quant à la mise en œuvre du quatrième objectif, «Harmoniser», au moyen d'une uniformisation nationale partielle du droit des marchés publics, les avis sont partagés.

1. Modernisation

L'avant-projet propose plusieurs innovations, notamment la promotion des nouvelles technologies, afin de moderniser le droit des marchés publics.

L'utilisation des nouvelles technologies de l'information accélérerait les procédures d'achat public et supprimerait tout formalisme. Les suggestions faites (saisie électronique des données, organe de publication électronique) ont été accueillies très positivement. Les avis sur la réglementation des enchères électroniques ont été cependant plus mitigés.

D'autres innovations présentées, telles que *la coopération en matière d'achats, les variantes* et *la distinction entre les critères d'adjudication monétaires et non monétaires*, ont également rencontré un écho globalement favorable, même si quelques améliorations ont été suggérées.

2. Clarification

Parmi les propositions de l'AP-LMP visant à clarifier certaines questions en suspens, des nouveautés importantes sur le plan politique ont fait l'objet d'une controverse. Il s'agit notamment des dispositions déterminant dans quelle mesure les aspects sociaux doivent être pris en compte et de celles qui régissent les voies de droit.

Aspects sociaux: concernant le détachement de travailleurs, l'AP-LMP suggère de reprendre les prescriptions de la loi sur le marché intérieur, déjà en vigueur dans les cantons. Conformément à cette loi, le principe du lieu de provenance s'appliquerait désormais aux prestataires suisses participant aux marchés de la Confédération, tandis que les prestataires étrangers continueraient d'être soumis au principe du lieu d'exécution. Comme c'est le cas actuellement, toutes les conditions de travail devraient être respectées, même, par exemple, celles qui sont stipulées dans des conventions collectives de travail qui n'ont pas été déclarées de force obligatoire. La consultation a suscité trois types de réaction: l'Union suisse des arts et métiers, constructionsuisse et BE ont soutenu l'avant-projet. economiesuisse, la COMCO et TI l'ont rejeté et ont demandé que les dispositions déterminantes du lieu de provenance s'appliquent à tous. Enfin, les syndicats, le PS et l'UDC, GR et GE ainsi que certaines associations économiques exigent que le principe du lieu d'exécution en vigueur soit maintenu pour les marchés de la Confédération.

La proposition selon laquelle, en cas d'offres équivalentes, la proportion de places de formation disponibles devrait être prise en compte a remporté un large soutien. Plusieurs participants à la procédure de consultation souhaiteraient en outre que cet élément s'applique non seulement aux offres équivalentes, mais qu'il fasse également partie des critères d'adjudication en général.

Voies de droit: parmi les nouveautés concernant les voies de droit, la réglementation d'exception de l'effet suspensif, qui est proposée pour les grands projets dans l'intérêt du pays, a été évaluée de façon critique. Les avis divergent aussi quant au maintien de l'ancienne disposition, qui ne prévoit aucune voie de recours en matière d'adjudication en dessous de seuils déterminants pour les appels d'offres.

Autres thèmes: les propositions visant à clarifier le terme de *marché public* ainsi que le *champ d'application* et à définir l'*offre économiquement la plus avantageuse* ont été accueillies favorablement, même si plusieurs demandes d'adaptation relatives à ces points ainsi qu'à la *préimplification* et à la réglementation du *contrat* ont été reçues.

3. Assouplissement

Dans l'ensemble, les participants à la procédure de consultation sont favorables aux suggestions visant à assouplir les processus.

L'avant-projet présente différents *éléments*, parfois nouveaux, dans le cadre de l'*organisation* des appels d'offres. Les dispositions relatives aux *concours* et aux *listes permanentes* ont été approuvées par la majorité des personnes consultées et seules quelques précisions ont été requises. Les participants ont émis des réserves au sujet du *dialogue* et des *négociations*, mais elles portaient principalement sur le champ d'application. Pour ce qui est des négociations, certaines associations économiques étaient plutôt opposées à ce qu'elles se limitent au prix («rounds» de négociation).

D'autres suggestions concernant notamment les *appels d'offres fonctionnels* ou les *raccourcissements de délais* ont été accueillies positivement. Il a parfois été recommandé de durcir leurs conditions d'application (par exemple aucun raccourcissement pour les projets de construction importants). Les avis étaient plus partagés sur la réglementation relative à la recevabilité de l'ouverture publique des offres.

4. Harmonisation

L'harmonisation proposée au moyen d'une *uniformisation partielle* du droit des marchés publics à *l'échelle nationale* a déclenché l'hostilité. D'un côté, la DTAP et presque tous les cantons (sauf BE) ont rejeté cette proposition. Bien qu'ils soient favorables à l'objectif «Harmoniser», les cantons s'y opposent au nom du fédéralisme, tout comme le PDC et l'UDC. D'un autre côté, les associations faîtières suisses des villes et des communes, les organisations faîtières économiques, plusieurs autres associations économiques, le PLR, le PS, Les Verts et le PEV se sont montrés favorables à une uniformisation partielle. Ils plébiscitent les simplifications, la transparence accrue et les économies qu'engendrerait cette solution. Une uniformisation plus approfondie du droit des marchés publics est même parfois souhaitée.

D'autres suggestions de l'AP-LMP visant à supprimer les différences entre le droit cantonal et le droit fédéral ont été en grande partie approuvées, notamment l'harmonisation des *seuils* sur le plan national, même si les avis divergent parfois sur leur niveau concret. L'uniformisation proposée des *exigences relatives aux appels d'offres*, des *critères d'évaluation* et la création d'une *Commission suisse des marchés publics* sont également agréées, mais des précisions sont demandées.

1. MODERNISATION

L'AP-LMP entend moderniser le droit des marchés publics. Il crée les bases d'une coopération en matière de marchés (1.1) et favorise les innovations sur le marché en réglementant les variantes (1.2). Il distingue les critères d'adjudication monétaires et non monétaires et définit ainsi le cadre juridique en vue de pratiques durables des marchés publics (1.3). Il réglemente également les enchères électroniques (1.4) et jette les bases pour les achats électroniques (1.5). Enfin, il prévoit que la version électronique de la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) remplace la version papier actuelle en tant qu'organe de publication officiel (1.6).

1.1 Coopération en matière de marchés (art. 7 AP-LMP)

L'avant-projet crée les bases légales en vue d'une coopération nationale et internationale en matière de marchés.

1.1.1 Coopération nationale (al. 1 à 3)

Les règles suivantes sont prévues pour la coopération nationale: si des adjudicateurs de la Confédération, des cantons ou des communes coopèrent à un marché et qu'un adjudicateur cantonal ou communal a la part de financement la plus élevée, le droit du canton concerné s'applique à titre supplétif à la loi (al. 1). Si les rapports de participation sont équivalents, seul le droit fédéral s'applique (al. 2). Si seuls des adjudicateurs cantonaux ou communaux coopèrent à un achat, les cantons déterminent le droit cantonal applicable (al. 3). Concernant l'al. 1, le rapport explicatif précise que seul le droit fédéral s'applique si un marché est pris en charge à 40% par un adjudicateur de la Confédération, à 35% par une unité administrative cantonale et à 25% par un adjudicateur communal, car, dans ce cas, la Confédération assume la part la plus élevée du financement.

La DTAP ainsi que SG, GR et GE rejettent cet exemple du rapport explicatif. Ils ne comprennent pas pourquoi le droit du canton concerné ne s'appliquerait pas alors que les adjudicateurs cantonaux et communaux prennent conjointement en charge 60% du marché.

GE s'oppose à l'al. 3 et demande en lieu et place une réglementation analogue à celle de l'accord intercantonal sur les marchés publics, dans lequel le siège de l'adjudicateur détermine le droit applicable (art. 8, al. 3, AIMP).

1.1.2 Coopération internationale (al. 4)

En cas de coopération internationale, il est prévu que les adjudicateurs des différents Etats conviennent du droit applicable par le biais d'un accord.

L'usam souhaite limiter la possibilité de conclure des accords lorsque la prestation est fournie en Suisse. Dans un tel cas, le droit suisse doit s'appliquer obligatoirement. Les CFF demandent un complément qui stipule que le droit suisse et ses dispositions d'exécution ne sont pas applicables si, en l'absence d'un tel accord, la part prépondérante du marché est soumise à la législation du pays de l'adjudicateur étranger.

1.1.3 Partenariat public-privé (al. 5)

L'AP-LMP crée les conditions-cadres pour la collaboration d'adjudicateurs publics avec le secteur privé (partenariat public-privé ou PPP). La disposition prévoit que la coopération de tiers privés n'exclut pas l'application de la loi à la part de l'adjudicateur. Pour celle-ci, les prescriptions du droit des marchés publics doivent être respectées. D'après le rapport explicatif, cela vaut également lorsque les organisations qui n'y sont pas soumises assument la part la plus élevée du financement.

GE pense qu'en cas de PPP, le droit des marchés publics devrait s'appliquer uniquement si l'adjudicateur prend en charge la majeure partie du financement. Il n'est pas possible que la part de l'adjudicateur soit soumise au droit des marchés publics, mais pas celle du partenaire privé. Si celui-ci finance en majorité le marché, il devrait pouvoir choisir librement ses fournisseurs. L'association PPP demande elle aussi la suppression de l'al. 5. Il est compréhensible que les prescriptions du droit des marchés publics doivent être respectées pour la part de l'adjudicateur lorsque des organisations publiques et privées coopèrent avec un adjudicateur qui y est soumis. Il est cependant disproportionné d'exiger que cela soit également le cas lorsque des organisations non soumises au droit des marchés publics assument la part la plus élevée du financement. Cette disposition pourrait détourner d'une telle coopération les investisseurs privés capables de supporter le financement principal, car les PPP ne seraient alors ni attractifs ni avantageux pour les entreprises. La COMCO estime en revanche que l'application des dispositions du droit des marchés publics devrait être complétée par des règles relatives au choix des partenaires privés en vue de la constitution d'un PPP et de l'adjudication d'un marché à un PPP.

1.2 Variantes (art. 24 AP-LMP)

L'avant-projet souhaite promouvoir les innovations sur le marché par l'intermédiaire des concours (traités au ch. 3 «Assouplissement») et des variantes (art. 24).

1.2.1 Définition d'une variante (al. 1)

L'AP-LMP définit une variante comme l'offre qui permet d'atteindre le but du marché d'une manière différente de celle prévue par l'adjudicateur.

Les participants à la procédure de consultation agréent la possibilité de variantes, car celles-ci encouragent les innovations et peuvent déboucher sur de meilleures solutions qu'un simple appel d'offres. Des adaptations sont toutefois demandées ici ou là.

Les cantons GE, GR et SO ainsi que l'usam sont contre les variantes de prix. GR ajoute que, contrairement à ce qui est indiqué dans le rapport explicatif, un soumissionnaire qui choisirait un mode de calcul du prix différent des conditions de l'appel d'offres ne proposerait pas une variante, mais une offre non conforme à l'appel d'offres.

1.2.2 Variante à la place ou en plus de l'offre de base (al. 2)

D'après l'AP-LMP, un soumissionnaire peut proposer une variante à la place ou en plus de l'offre de base. Celui qui soumet une variante n'est pas tenu de déposer en plus une offre en tous points conforme aux exigences de l'adjudicateur («proposition officielle»). De son côté, l'adjudicateur peut exclure ou limiter cette possibilité dans l'appel d'offres.

economiesuisse, ePower et FASMED approuvent cette proposition. Cependant, SO, l'Union des villes suisses, l'Association des Communes Suisses et plusieurs associations économiques (constructionsuisse, USIE, USM, Fédération Infra, VSG, SSE, usic, groupe de base Planification de constructionsuisse, CHfms) la rejettent. Ils souhaitent n'autoriser les variantes qu'en plus d'une offre de base et, pour l'essentiel, justifient ainsi

cette requête: seules l'élaboration d'une proposition officielle et la soumission d'une offre correspondante permettent à un adjudicateur de comparer les offres et d'évaluer objectivement la compétitivité des soumissionnaires.

1.2.3 Autres requêtes

Différentes associations économiques ([economiesuisse](#), [usam](#), [constructionsuisse](#), [USIE](#), [USM](#), [CHGEOL](#), [Fédération Infra](#), [VSG](#) et [SSE](#)) demandent que les variantes des soumissionnaires n'ayant pas obtenu l'adjudication ne puissent être utilisées qu'avec l'accord de ceux-ci et après que la question de l'indemnisation a été réglée.

1.3 Distinction entre les critères d'adjudication monétaires et non monétaires (art. 32, al. 2, AP-LMP)

L'AP-LMP fait la distinction entre les critères d'adjudication monétaires et non monétaires (art. 32, al. 2). Il entend ainsi créer les conditions-cadres nécessaires aux pratiques durables des marchés publics. Les critères d'adjudication monétaires se réfèrent au coût de la prestation offerte, tel que le prix et les frais probables, en particulier les frais d'exploitation, d'entretien et d'élimination, pendant la durée de la prestation. Les critères non monétaires renvoient, quant à eux, à la qualité de la prestation offerte, telle que le caractère fonctionnel, le caractère esthétique, la valeur technique, la durée d'exécution, le service après-vente, la compétence technique, l'efficacité de la méthode utilisée, le caractère innovateur et l'impact environnemental.

Cette différenciation est saluée expressément par plusieurs associations économiques ([suissetec](#), [Isolsuisse](#), [Holzbau Schweiz](#), [Groupe de base Planification de constructionsuisse](#), [CHfms](#)), qui mettent en avant le fait que les coûts inhérents au cycle de vie et les critères d'adjudication non monétaires peuvent ainsi être mieux pris en compte. [TI](#) et d'autres associations économiques ([constructionsuisse](#), [SSE](#), [USM](#)) sont en revanche contre, car ils craignent qu'avec cette distinction, l'attribution des marchés ne repose encore davantage sur le prix le plus bas.

Le [PS](#) et plusieurs organisations non gouvernementales ([ISCOM](#), [Magasin du Monde](#), [Fondation pour la protection des consommateurs](#), [Fairtrade Max Havelaar](#), [Caritas Suisse](#), [Groupe de Travail Tourisme et Développement](#), [Helvetas](#), [Action de Carême](#), [Alliance Sud](#), [Déclaration de Berne](#)) souhaitent aller bien plus loin que la réglementation proposée et demandent que l'on distingue les critères d'adjudication directement liés à la prestation de ceux qui sont en relation indirecte avec elle. Les premiers se référeraient au coût de la prestation offerte (prix et frais probables pendant la durée de vie) et à la qualité de cette prestation, tandis que les seconds auraient un lien concret avec la prestation, mais ne transparaîtraient pas directement dans celle-ci (aspects sociaux inhérents à la fourniture de la prestation et aspects économiques des relations commerciales).

1.4 Enchères électroniques (art. 48 AP-LMP)

L'AP-LMP prévoit qu'avant l'enchère, l'adjudicateur fasse une première évaluation complète des offres en fonction des critères d'évaluation et désigne les soumissionnaires admis à l'enchère électronique (al. 1). Pendant l'enchère, les soumissionnaires disposent d'un laps de temps pour proposer de nouveaux prix ou de nouvelles valeurs pour d'autres éléments mesurables de leur offre (al. 2). L'enchère est anonyme (al. 3). Les offres sont évaluées automatiquement au moyen d'une formule mathématique (al. 4). L'adjudicateur adjuge le marché en fonction de l'évaluation automatique et des autres critères d'adjudication (al. 5).

L'[Union des villes suisses](#) et l'[Association des Communes Suisses](#) soutiennent expressément cette disposition.

[BE](#) et plusieurs associations économiques ([usam](#), [SIA](#), [FAS](#), [usic](#), [SSE](#), [Groupe de base Planification de constructionsuisse](#), [SWICO](#), [FASMED](#)) souhaitent que le champ d'application des enchères électroniques soit précisé dans la loi. Les participants consultés demandent parfois que les enchères se limitent aux acquisitions de biens standardisés.

[GR](#) et quelques associations économiques ([constructionsuisse](#), [USIE](#), [Fédération Infra](#), [VSG](#), [suisstec](#), [Isolsuisse](#), [Viscom](#), [USM](#)) réclament la suppression de cette disposition, car les enchères électroniques constituent une forme de «rounds de négociation», encouragent la guerre des prix et permettent à l'Etat d'utiliser sa forte position sur le plan de la demande.

1.5 Forme (art. 54 AP-LMP)

L'AP-LMP prévoit que le soumissionnaire présente sa demande de participation, son offre et d'autres indications à l'adjudicateur sous une forme usuelle dans les échanges commerciaux (al. 1). Les indications peuvent être transmises par voie électronique à condition qu'elles puissent être attribuées à leur expéditeur et que leur contenu ne puisse pas être modifié (al. 2). L'adjudicateur peut exiger dans l'appel d'offres une forme particulière (al. 3).

Cette disposition fait quasiment l'unanimité et seuls quelques rares participants à la procédure de consultation ont émis des remarques à son sujet. L'[Union des villes suisses](#) et l'[Association des Communes Suisses](#) estiment qu'il faut limiter l'envoi d'indications par voie électronique et l'autoriser uniquement lorsque cela est explicitement mentionné dans l'appel d'offres. Pour le [Conseil des EPF](#), les indications devraient être fournies par écrit et l'adjudicateur n'aurait la possibilité de proposer une alternative que dans des cas isolés.

1.6 Organe de publication officiel (art. 55 AP-LMP)

D'après l'AP-LMP, la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) est l'organe de publication officiel pour les marchés de la Confédération (al. 1). La version électronique de la FOSC fait foi (al. 2), et les soumissionnaires peuvent la consulter gratuitement (al. 3). L'AP-LMP ne définit aucun organe de publication uniforme pour la Confédération et les cantons, ceux-ci déterminant cet organe pour leur domaine de compétence (al. 4).

Ni les associations économiques, ni les partis ne s'opposent à cette proposition. La [DTAP](#), [BE](#) et [SG](#), ainsi que l'[Union des villes suisses](#) et l'[Association des Communes Suisses](#) souhaitent en revanche que la plate-forme électronique SIMAP soit définie dans la loi comme l'organe de publication uniforme à l'échelle nationale.

2. CLARIFICATION

L'AP-LMP entend clarifier les questions en suspens, par exemple la notion de «marché» (2.3) ou d'«offre économiquement la plus avantageuse» (2.4), et répondre à des questions politiques importantes, telles que la possibilité de prendre en compte les aspects sociaux (2.1) ou l'organisation des voies de droit (2.2). Ce dernier point notamment a suscité la controverse.

2.1 Prise en compte des aspects sociaux

L'AP-LMP examine les exigences sociales devant être respectées par un soumissionnaire. Il comprend de nouvelles propositions sur les conditions de travail, notamment le principe du lieu d'exécution ou du lieu de provenance, et sur la prise en compte des places de formation.

2.1.1 Conditions de travail: principe du lieu d'exécution ou du lieu de provenance (art. 25, al. 3, AP-LMP)

L'AP-LMP prescrit que, pour les soumissionnaires qui n'ont pas de siège ou de filiale en Suisse, les dispositions du lieu de la prestation ou au moins les conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT) s'appliquent. En revanche, le principe du lieu de provenance vaut pour les soumissionnaires qui ont leur siège ou leur filiale en Suisse. Cette réglementation du marché intérieur des cantons, qui est déjà en vigueur, serait ainsi étendue à la Confédération.

Les organisations faïtières de l'économie ont approuvé cette proposition. Le principe du lieu de provenance devrait prévaloir pour les soumissionnaires suisses afin de conserver partiellement au moins l'esprit du marché intérieur suisse ([constructionsuisse](#), [USM](#)). La différence établie entre les soumissionnaires suisses et étrangers pouvant toutefois contrevenir aux engagements internationaux, un remaniement de cette disposition est proposé ([economiesuisse](#), [SWISSMEM](#)). Les suggestions contenues dans l'AP-LMP sont également soutenues par [BE](#).

Par contre, le principe du lieu de provenance est rejeté par le [PS](#), les représentants des syndicats ([USS](#), [SSP](#)), l'[Union patronale suisse](#), la [SSE](#) et par d'autres associations spécialisées ([USIE](#), [Fédération Infra](#), [VSG](#), [USIC](#), [TPG](#), [AIG](#), [SIG](#)). L'[UDC](#) ainsi que les cantons [GR](#) et [GE](#) y sont également opposés. On redoute principalement des distorsions de concurrence et un nivellement par le bas des conditions de travail. Cette proposition est également refusée par la [COMCO](#), qui souhaite même étendre ce principe aux soumissionnaires étrangers.

Tous les participants consultés approuvent cependant le fait que les normes de l'OIT au moins doivent être respectées si la prestation est fournie à l'étranger.

2.1.2 Conditions de travail: conditions de travail et dispositions relatives à la protection des travailleurs fixées par l'Etat (art. 25, al. 1, let. b) ainsi que conditions de travail usuelles du lieu et de la branche (art. 29, al. 1, let. a, AP-LMP)

L'AP-LMP reprend dans la loi les dispositions déjà en vigueur dans l'ordonnance, à savoir que tout soumissionnaire ne respectant pas les conditions de travail usuelles du lieu et de la branche peut être exclu de la procédure. Il est désormais proposé d'exclure obligatoirement un soumissionnaire qui ne satisfait pas aux conditions de travail et aux dispositions relatives à la protection des travailleurs fixées par l'Etat.

Même si les participants à la procédure de consultation saluent ces dispositions, ils souhaitent qu'elles soient précisées. Certains ([PS](#), [USS](#), [FER](#), [SSP](#)) demandent que

l'exclusion soit aussi impérative en cas de non-respect des conditions usuelles du lieu et de la branche. D'autres réclament une limitation aux violations graves ([Union patronale suisse](#)) ou aux usages de la branche ([SWISSMEM](#), [CFF](#)). La [COMCO](#) veut supprimer cette prescription si elle impose davantage que le respect des dispositions fixées par l'Etat, car cela pourrait contrevenir à l'accord sur la libre circulation des personnes avec la Suisse. Plusieurs participants ([GR](#), [economiesuisse](#), [Union patronale suisse](#), [constructionsuisse](#), [USIE](#), [USM](#), [Fédération Infra](#), [suissetec](#), [Isolsuisse](#), [AES](#), [SSE](#), [USIC](#), [Viscom](#), [KGL](#)) souhaitent, à des fins de clarté, que les conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire et/ou les contrats-types de travail soient également mentionnés dans les conditions fixées par l'Etat.

2.1.3 *Prise en compte des places de formation offertes (art. 39, al. 5, AP-LMP)*

L'AP-LMP suggère que l'adjudicateur départage les offres équivalentes en tenant compte de la mesure dans laquelle le soumissionnaire offre des places de formation.

Plusieurs associations approuvent cette clarification, mais souhaitent parfois des précisions divergentes. Ce critère devrait «de manière générale» déjà être appliqué à des offres «quasiment équivalentes». A cet égard, il conviendrait de considérer non seulement les apprentis, mais aussi les places de formation en général, c'est-à-dire également les stagiaires et les doctorants ([constructionsuisse](#), [USIE](#), [usic](#), [SIA](#), [USM](#), [CHGEOL](#)). Plutôt que le nombre de places de formation offertes, le nombre de salariés effectifs ([GR](#)) ou de personnes ayant achevé leur formation avec succès ([VSG](#), [SSE](#), [FAS](#)) par rapport à l'effectif total ([KGL](#)) des trois dernières années ([Fédération Infra](#)) devrait être déterminant. Il est parfois demandé que les offres équivalentes soient départagées en fonction de l'efficacité énergétique ([ePower](#)), des aspects écologiques et sociaux en général ([Les Verts](#), [Fondation suisse pour la pratique environnementale](#)) ou d'autres prestations d'intérêt public ([FASMED](#)). Certains participants consultés estiment que les places de formation ne devraient pas uniquement être prises en compte pour les seules offres équivalentes ([BE](#) et [VD](#), [ville de Lausanne](#), [PS](#) et [PEV](#), [usam](#) et [AES](#)). D'autres ne veulent pas que les places de formation soient un critère d'adjudication, même en cas d'offres équivalentes, car la solution proposée discrimine les soumissionnaires étrangers dont le pays n'a pas de système de formation comparable au nôtre ([GE](#), [COMCO](#)). Cette solution repose sur des éléments sociopolitiques étrangers à l'adjudication et sans lien aucun avec le rapport qualité/prix ([Conseil des EPF](#)); elle limite fortement la marge de manœuvre des pouvoirs adjudicateurs ([CFF](#)) et elle n'est ni conséquente ni claire dans sa formulation ([AlpTransit](#)). Il faut utiliser d'autres instruments pour encourager l'apprentissage ([Conseil des EPF](#)) ou limiter ce critère à des marchés inférieurs aux seuils ([COMCO](#)).

2.2 Voies de droit

De nombreuses clarifications ont été proposées pour les voies de droit. La réglementation d'exception de l'effet suspensif, principalement, a été accueillie de manière très critique. Le maintien de l'ancienne disposition, qui ne prévoit aucune voie de recours en matière d'adjudication en dessous de seuils déterminants, a également suscité la controverse.

2.2.1 *Voies de droit uniquement pour les marchés publics internationaux (art. 68 AP-LMP)*

L'AP-LMP conserve le système actuel du droit des marchés publics: les voies de droit en la matière ne sont ouvertes que pour les marchés dont les seuils déterminants en procédure d'appel d'offres sont atteints ou dépassés.

Certains milieux consultés ([La Poste Suisse](#), [AlpTransit](#), [Union des villes suisses](#),

[Association des Communes Suisses](#)) agrée le maintien de la réglementation existante. D'autres ([economiesuisse](#), [swissT.net](#), [Swiss Textiles](#), [FSA](#)) plaident pour une extension des voies de droit. Celles-ci devraient être élargies au moins à la procédure invitant à soumissionner. Toutefois, l'adjudicateur devrait continuer à pouvoir décider seul de qui il invite à soumissionner; c'est pourquoi il faudrait préciser dans cette procédure qu'il n'y a aucun droit de participation ([USS](#), [usam](#), [SEC Suisse](#), [Travail.Suisse](#), [constructionsuisse](#), [USIE](#), [SSE](#), [usic](#), [CHGEOL](#), [USM](#) et [CHfms](#)). Il conviendrait d'accorder des voies de droit en dessous des seuils déterminants dans la mesure où la discrimination relative à l'accès au marché peut être contestée ([COMCO](#)). Bien que les dispositions proposées ne s'appliquent explicitement qu'aux marchés publics de la Confédération, quatre cantons ont donné leur avis ([BE](#), [GR](#), [TI](#), [ZH](#)): la loi sur le marché intérieur leur impose depuis longtemps une voie de droit pour les marchés inférieurs à certains seuils et il n'est pas compréhensible qu'il n'en soit pas de même pour les marchés publics de la Confédération.

2.2.2 Effet suspensif (art. 76 AP-LMP)

L'AP-LMP propose que le recours ait désormais un effet suspensif (al. 1). Une exception est prévue pour les ouvrages publics ou les tâches de la Confédération qui ne permettent pas de différer la conclusion du contrat. Le Conseil fédéral peut consigner ces ouvrages et ces tâches dans une ordonnance (al. 2-4).

Le principe de l'application de l'effet suspensif au recours compte de nombreux adeptes ([economiesuisse](#), [USIE](#), [suissetec](#), [usic](#), [Groupe de base Planification de construction-suisse](#), [PPP](#), [SWISSMEM](#), [CHfms](#), [DSN](#), [Marti AG](#), [SWICO](#), [La Poste Suisse](#)), mais aussi des opposants ([BE](#), [GR](#), [FDP](#) ainsi que [l'usam](#), [constructionsuisse](#), [Fédération Infra](#), [USG](#), [SSE](#), [FSA](#), [USM](#), [AlpTransit](#), [CFF](#), [KGL](#), [Hôpital de l'île Berne](#), [H+](#) et [Unique](#)). Les deux parties avancent les mêmes arguments: il est essentiellement question du risque de retards et de coûts supplémentaires ([PPP](#) mais aussi [PLR](#), [SWISSMEM](#), [BE](#)) et de l'efficacité des voies de droit ([economiesuisse](#), [USIE](#), mais aussi [constructionsuisse](#), [USM](#)). Les organisations favorables au changement de système et à l'adoption de l'effet suspensif ajoutent que la nouvelle disposition crée une certaine clarté sur le déroulement ultérieur et les délais ([SWISSMEM](#)). A l'opposé ([AlpTransit](#), [Hôpital de l'île Berne](#), [H+](#)), on avance que l'obligation de motiver implique des charges administratives importantes.

Quant à la clause d'exception qui prévoit que le recours n'a pas d'effet suspensif lorsque l'intérêt du pays ou d'une grande partie de celui-ci exige la construction d'un ouvrage public ou l'exécution d'une tâche de la Confédération dans un délai qui ne permet pas de différer la conclusion du contrat (al. 2-4), elle se heurte à des critiques quasi unanimes. Seuls quelques participants approuvent la proposition, non sans souhaiter des clarifications ([DSN](#), [AlpTransit](#)) ou des compléments: la dérogation devrait aussi englober de grands projets d'infrastructure de la branche de l'électricité ([AES](#)), des prestations d'assurance ([ASA](#)) ou la politique des transports ([CFF](#)). Tous les autres participants qui se sont exprimés sur cette proposition la refusent catégoriquement. Le «blanc-seing» accordé au Conseil fédéral est considéré comme inhabituel et problématique ([BE](#)). Cette clause «NLFA» semble arbitraire et non compatible avec des marchés publics soumis à des principes de la modernité et de l'Etat de droit ([economiesuisse](#), [FSA](#)). Ces dispositions semblent vouloir généraliser le cas isolé de la «cause Erstfeld», ce qui est plutôt contradictoire ([Marti AG](#)). En raison des prétentions en dommages-intérêts insuffisantes, les voies de droit sont vidées de leur teneur ([usam](#), [ePower](#)). Plus un marché est important, plus les intérêts privés dignes de protection des soumissionnaires non retenus devraient peser lourd ([Conseil des EPF](#)). En outre, ces dispositions sont considérées comme trop compliquées et problématiques ([Fédération Infra](#), [GR](#)), inadaptées ([Groupe de base Planification de constructionsuisse](#), [usic](#), [USG](#), [SSE](#)), trop peu efficaces ([SWICO](#)), pour le moins en partie discutables sur le plan de la technique législative ([Tribunal fédéral](#)), voire non conformes au droit international ([Tribunal administratif fédéral](#),

Fédération Infra). Il serait aussi possible de répondre à la nécessité d'empêcher le blocage d'ouvrages importants par des querelles juridiques sans fin à l'aide de moyens proportionnés: il faudrait en tenir compte dans la question de l'effet suspensif (PS). L'accélération pourrait aussi être assurée par des mesures appropriées dans la procédure d'adjudication (USIE, CHfms), par une limitation du renvoi au Tribunal fédéral (Conseil EPF, La Poste Suisse, Union des villes suisses, Association des communes suisses) ou par une obligation adéquate de prise en charge des coûts par le recourant (economiesuisse).

2.2.3 Dommages-intérêts (art. 78 et 81 AP-LMP)

Par rapport au droit fédéral en vigueur, l'AP-LMP ne propose pas d'extension des dommages-intérêts pour le recourant. Il précise toutefois clairement les règles applicables si un adjudicateur se soustrait à un appel d'offres de manière contraire au droit (art. 78) et introduit un nouvel article sur l'obligation du recourant à verser des dommages-intérêts (art. 81).

En ce qui concerne les prétentions en dommages-intérêts du recourant gagnant, diverses associations économiques et professionnelles souhaitent que celles-ci soient augmentées. Elles devraient au moins compenser la marge de couverture perdue (KGL, SSE), être nettement supérieures (Fédération Infra, economiesuisse) ou englober le gain perdu (constructionsuisse, USIE, usic, USM, CHfms) ou au moins 3% de la somme de l'adjudication (ASA). Les organisations demandent en outre que les prétentions en dommages-intérêts soient également réglées lorsque l'adjudicateur interrompt une procédure sans pouvoir prouver qu'il ne peut pas en être tenu pour responsable (swissT.net). A l'opposé, divers participants à la consultation souhaitent que les dispositions fédérales en vigueur ne soient pas modifiées (Union des villes suisses, Association des communes suisses, suissetec, Marti AG, Hôpital de l'Île Berne et H+).

La nouvelle proposition concernant l'obligation de l'adjudicateur de verser des dommages-intérêts lorsqu'il se soustrait à un appel d'offres de manière manifestement contraire au droit se heurte à l'opposition de certains milieux (suissetec, Hôpital de l'Île Berne et H+). En revanche, plusieurs participants saluent cette clarification. La limite maximale à 3 pour mille de la valeur de l'adjudication n'obtient qu'un soutien isolé (Unique). D'un côté, on souhaite une limitation supplémentaire de la valeur à 500 000.- francs (CFF) et de l'autre on prône l'augmentation de cette valeur. Les participants proposent 3% (economiesuisse, usam, ePower, SWISSMEM), 10% (SWICO), voire la suppression de la valeur maximale (Groupe de base Planification de constructionsuisse).

2.3 Notion de marché et champ d'application

2.3.1 Marché public (art. 3 AP-LMP)

L'al. 1 définit le marché public comme l'achat de prestations nécessaires à l'accomplissement de tâches publiques de l'adjudicateur. Sont réputés prestations les biens et les services, y compris les ouvrages et les travaux de construction.

L'extension du catalogue des prestations est considérée comme positive par le Conseil des EPF et La Poste Suisse, mais comme négative par AlpTransit, les CFF et le SSP. Le fait de considérer la décentralisation ou le transfert de tâches de l'Etat comme marché public est salué par la PPP, mais rejeté par BE. Pour la COMCO, il faut encore préciser quand l'attribution de concessions (concessions de services et concessions de constructions) doit être qualifiée de marché public. Le Conseil des EPF souhaite lui aussi une délimitation plus claire de ce point dans la loi.

L'al. 2 énumère les cas où la LMP n'est pas valable. Ainsi, elle ne doit pas s'appliquer aux prestations exécutées par un adjudicateur en interne ou par des adjudicateurs dis-

tincts dotés de la personnalité juridique (let. b; «achat interne») ni aux prestations destinées à l'assistance internationale, y compris à l'aide au développement (let. e). Différentes associations économiques demandent de préciser à la let. b que les prestations exécutées par un adjudicateur en interne ou par des adjudicateurs distincts dotés de la personnalité juridique ne sont pas soumises à la loi, pour autant que leurs relations réciproques ne soient pas régies par des principes commerciaux. Ainsi, de telles prestations ne seraient pas soumises à la LMP si l'adjudicateur exerce un contrôle effectif sur le prestataire de services, si le prestataire de services exerce son activité principale en faveur de l'organe étatique qu'il contrôle, et qu'il n'existe sur le marché privé aucun autre prestataire de services capable d'accomplir le mandat en question ([usam](#), [constructionsuisse](#), [USIE](#), [usic](#), [Groupe de base Planification de constructionsuisse](#), [CHGEOL](#) et [USM](#)). Certaines associations économiques souhaitent que la let. b soit complétée de façon que les adjudicateurs qui participent à des appels d'offres publics d'autres adjudicateurs en tant que soumissionnaire soient soumis à la loi ([Fédération Infra](#), [VSG](#), [SSE](#)). Pour la [COMCO](#), la formulation de la let. b est trop large: elle demande qu'on précise à la let. b que, premièrement, l'adjudicateur doit exercer un contrôle sur le service concerné comme sur un propre service et que, deuxièmement, le service concerné doit être actif essentiellement pour l'adjudicateur.

Plusieurs associations économiques demandent que la let. e soit complétée de manière que l'aide au développement ne soit soumise à la LMP que si le but et le genre de la fourniture de prestations nécessitent une dérogation ([usam](#), [constructionsuisse](#), [USIE](#), [usic](#), [Groupe de base Planification de constructionsuisse](#), [USM](#) et [CHFms](#)).

2.3.2 Adjudicateur (art. 4 AP-LMP)

L'avant-projet définit qui est considéré comme adjudicateur. Selon l'al. 1, il s'agit, d'une part, de toute autorité ou unité administrative de la Confédération, des cantons et des communes (let. a) et, d'autre part, de toute organisation sous l'influence dominante, directe ou indirecte, d'un adjudicateur au sens de la let. a (let. b). L'al. 2 cite de manière non exhaustive les cas où l'influence dominante de l'adjudicateur est présumée.

Divers participants à la consultation sont opposés à la soumission des banques cantonales à la LMP ([BE](#) et [VD](#), [Union des banques cantonales suisses](#)). [BE](#) demande que tous les hôpitaux qui figurent dans les listes des hôpitaux selon l'art. 39, al. 1, de la loi sur l'assurance-maladie (LAMal) devraient être traités de manière identique et considérés comme des adjudicateurs. [L'AES](#) demande que les entreprises du secteur de l'électricité ne soient pas soumises à la LMP pour l'acquisition d'énergie électrique. Divers participants ([USS](#), [SEC Suisse](#), [Travail.Suisse](#), [SSE](#), [Office fédéral des assurances sociales](#), [CNA](#), [ASIP](#), [SSP](#)) estiment que les établissements d'assurances sociales (CNA, PUBLICA, etc.) devraient être exclus du champ d'application de la LMP. Plusieurs participants à la consultation ([FIPOI](#), [ASR](#), [CFB](#), [IPI](#), [Skyguide](#) et [RUAG](#)) se prononcent contre leur soumission à la LMP. [BLS](#) et [Unique](#) souhaitent seulement être soumis au droit des marchés publics de la Confédération et non au droit cantonal des marchés publics.

2.4 Offre économiquement la plus avantageuse

L'AP-LMP contient des propositions clarificatrices sur la rectification des offres, la modification des exigences ou des critères pendant la procédure d'adjudication et la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse.

2.4.1 Rectification des offres (art. 37 AP-LMP)

L'AP-LMP précise la portée de la rectification et la manière de procéder avec les offres dont le prix est anormalement inférieur aux autres («dumping»).

Les participants consultés agrément ces clarifications. Seul l'ajout qui prévoit que la rectification peut avoir lieu non seulement du point de vue technique et comptable, mais aussi du point de vue matériel s'est heurté à la critique de certains cantons et villes (GR, TI, VD, ville de Lausanne) et de diverses associations (usam, constructionsuisse, Fédération Infra, SSE, USM, KGL, VSAS, Transparency International Suisse). Ainsi, des rectifications sur le prix de l'offre ou le contenu de la prestation seraient admises, ce qui mettrait en danger la transparence et l'égalité de traitement. En ce qui concerne la proposition pour la réglementation des offres de «dumping», plusieurs participants (constructionsuisse, USIE, suissetec, SIA, usic, Isolsuisse, USM, CHfms, KGL, SSE, GE) demandent que l'adjudicateur soit tenu de demander des précisions.

2.4.2 *Modification des exigences ou des critères (art. 38 AP-LMP)*

L'AP-LMP précise que les modifications sont admises pour autant qu'elles ne soient pas essentielles.

Certains participants saluent cette clarification si elle permet à l'adjudicateur de devenir «plus avisé» (Union des villes suisses et Association des communes suisses) ou suffisamment flexible pour intégrer de nouvelles connaissances dans la procédure en cours (Marti AG). La modification ne devrait toutefois pas conduire à une renégociation cachée ou indirecte. C'est pourquoi les modifications non essentielles ne devraient être admises que dans les «rondes» des questions (USIE, usic, Groupe de base Planification de constructionsuisse, CHfms) et seulement jusqu'au délai de remise des offres (USIE, suissetec, Isolsuisse). CHGEOL souhaite n'autoriser les modifications uniquement tant que les soumissionnaires ne connaissent pas les prix de leurs concurrents. Ils devraient être indemnisés de manière ad hoc pour leurs frais supplémentaires. La SIA et la FAS souhaitent n'autoriser les modifications que pour les achats de biens. Plusieurs participants consultés sont strictement opposés à la possibilité d'apporter des modifications, car elle incite à optimiser l'offre globale a posteriori. Mis à part le fait qu'il est difficile de délimiter les modifications essentielles des modifications non essentielles, ces dernières devraient avoir lieu après l'adjudication du marché dans le cadre de l'élaboration du contrat d'entreprise (GE, GR, TI, VD, ville de Lausanne ainsi que l'usam, constructionsuisse, SSE, USM, Transparency International Suisse, Fédération Infra, VSG, USAT, KGL).

2.4.3 *Détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 39 AP-LMP)*

L'AP-LMP précise de manière claire que l'offre économiquement la plus avantageuse doit être déterminée sur la base de critères monétaires et non monétaires (al. 3).

Cette séparation en deux types de critères est appréciée de manière explicite par certains participants consultés (USIE, ville de Lausanne, Union des villes suisses, Association des communes suisses, usam). D'autres craignent que cette séparation ne permette pas d'éviter que le prix soit toujours pondéré trop haut. C'est pourquoi certains demandent que la proposition de l'AP-LMP soit précisée, de sorte que l'appréciation puisse être effectuée «de manière globale» (constructionsuisse, SIA, FAS, USM), «selon des critères objectifs connus au préalable», le prix ne devant pas être pondéré à plus de 50% (VSG, SSE). Le PEV demande explicitement que des critères sociaux et écologiques soient définis. La remarque du rapport explicatif indiquant que la «méthode des deux enveloppes» est admise a rencontré un écho favorable dans tous les milieux qui se sont exprimés sur ce point.

2.5 **Autres clarifications**

2.5.1 *Exclusion pour préimplification (art. 28 AP-LMP)*

L'AP-LMP propose une nouvelle disposition clarificatrice pour la préimplification.

Les participants à la consultation sont plutôt favorables à la proposition ([Union des villes suisses](#), [Association des communes suisses](#), [ville de Lausanne](#), [FASMED](#), [Unique](#)), même si différentes concrétisations et reformulations sont suggérées. Ils demandent par exemple que seule une participation «déterminante» puisse motiver une préimplification ([Fédération Infra](#), [SSE](#), [KGL](#), [GE](#), [FER](#)) ou que l'exclusion soit impérativement formulée, faute de quoi la concurrence efficace entre les soumissionnaires s'en trouverait menacée ([usam](#), [constructionsuisse](#), [USIE](#), [CHGEOL](#), [USM](#)). Les participants à la consultation ont aussi fait des propositions en ce qui concerne la répartition du fardeau de la preuve et la communication du soumissionnaire préimpliqué ([Marti AG](#), [ePower](#), [COMCO](#)), la procédure d'annonce («Pre-announcement», [SWISSMEM](#)) ou une procédure de gré à gré spécifique ([Présence Suisse](#)).

2.5.2 Contrat (art. 43 et 43a AP-LMP)

L'AP-LMP contient une norme clarificatrice sur le moment de la conclusion du contrat et propose en outre – comme variante – une disposition complémentaire sur le contrat sans effet.

La proposition concernant le moment de la conclusion du contrat (art. 43) est étroitement liée à la disposition concernant l'effet suspensif d'un recours (art. 76). [ePower](#) demande que le contrat puisse être signé immédiatement après l'adjudication pour les achats de TIC à partir de 50 millions de francs. [SH](#) souhaite que les cantons puissent fixer eux-mêmes ce moment et certains participants consultés demandent une clarification en ce qui concerne la computation des délais au Tribunal fédéral et ses répercussions sur la conclusion du contrat ([La Poste Suisse](#), [Union des villes suisses](#), [Association des communes suisses](#), [Tribunal administratif fédéral](#)). La fixation d'un délai pour l'appréciation de la demande de restitution de l'effet suspensif a été saluée par certains ([ePower](#), [Alp-Transit](#)), mais critiquée par d'autres ([BE](#), [Tribunal administratif fédéral](#), [PS](#)).

La disposition clarificatrice sur les conséquences juridiques d'un contrat conclu prématurément est approuvée explicitement par plusieurs participants à la consultation ([suisse-tec](#), [Isolsuisse](#), [COMCO](#), [ville de Lausanne](#), [Tribunal administratif fédéral](#), [PS](#)). Certains critiquent toutefois la conséquence juridique de la nullité ([usam](#), [constructionsuisse](#), [USM](#), [SWISSMEM](#), [Conseil des EPF](#), [SO](#), [La Poste Suisse](#), [CFF](#)) ou la disposition en cas de modifications matérielles essentielles après l'adjudication ([usic](#), [construction-suisse](#), [CHfms](#), canton de [BE](#)). La suppression de cet article est demandée principalement par les participants consultés qui craignent une rétractation ardue des prestations déjà fournies ([AES](#), [SWICO](#)). Certains participants demandent que ce thème soit réglé dans le droit privé pour des raisons purement dogmatiques ([CFF](#), [GE](#), [GR](#), [Union des villes suisses](#), [Association des communes suisses](#)).

3. FLEXIBILISATION

L'AP-LMP prévoit divers éléments qui doivent aider les adjudicateurs à faire preuve d'une flexibilité accrue: notamment l'appel d'offres fonctionnel (3.1) et la disposition concernant l'ouverture des offres (3.2). L'AP-LMP prévoit en outre différents éléments particuliers pour la procédure d'appel d'offres: le concours (3.3), le dialogue (3.4), la négociation (3.5) et les listes permanentes (3.6). Enfin, les délais minimaux et les réductions de délai contribuent également à cette flexibilisation (3.7).

3.1 Description de la prestation; appel d'offres fonctionnel (art. 21 AP-LMP)

3.1.1 Description de la prestation (al. 1)

L'AP-LMP requiert que l'adjudicateur décrive les exigences relatives à la prestation à acheter, en particulier ses spécifications techniques, de manière claire et exhaustive.

La formulation de cette description de la prestation est largement saluée par les milieux consultés. Diverses associations économiques ([economiesuisse](#), [usam](#), [construction-suisse](#), [USIE](#), [USM](#), [Fédération Infra](#), [VSG](#), [suissetec](#), [FAS](#), [SSE](#), [crb](#), [usic](#), [Groupe de base Planification de constructionsuisse](#), [CHfms](#), [USAT](#), [CHGEOL](#), [FER](#), [KGL](#)) demandent un complément selon lequel les normes appliquées par les associations professionnelles devraient être prises en considération dans cette description. Cela permettrait d'assurer l'intégralité des documents d'appel d'offres, d'empêcher les contradictions et de renforcer la sécurité du contrat.

3.1.2 Appel d'offres fonctionnel (al. 2)

L'AP-LMP accorde à l'adjudicateur la possibilité de renoncer à une description claire de la prestation et de se limiter à décrire les buts du marché (appel d'offres fonctionnel ou final).

L'appel d'offres fonctionnel est considéré sur le fond comme positif par plusieurs associations économiques; certaines font toutefois valoir que les appels d'offres fonctionnels devraient être utilisés avec retenue et seulement pour des projets complexes, car ils restreindraient l'accès au marché pour les PME, augmenteraient les coûts des offres et rendraient difficile leur comparaison. Ces appels d'offres ne devraient être admis que «pour des raisons suffisantes» ([economiesuisse](#), [usam](#), [constructionsuisse](#), [USIE](#), [USM](#), [KGL](#), [Fédération Infra](#), [VSG](#), [suissetec](#), [SIA](#), [FAS](#), [SSE](#), [usic](#), [Groupe de base Planification de constructionsuisse](#), [CHfms](#)). Par ailleurs, les paramètres déterminants de la prestation devraient aussi être indiqués pour les appels d'offres fonctionnels. Il faudrait donc préciser dans l'al. 2 que l'adjudicateur devrait ajouter ce qui suit dans les appels d'offres fonctionnels: délimitations de la prestation, interfaces, potentiel de risque et bases des prestations supplémentaires. Compte tenu du travail supplémentaire dû à l'établissement de l'offre pour un appel d'offres fonctionnel, plusieurs associations économiques ([economiesuisse](#), [usam](#), [constructionsuisse](#), [USIE](#), [USM](#), [KGL](#), [SIA](#), [usic](#), [Groupe de base Planification de constructionsuisse](#), [CHfms](#)) se prononcent en faveur d'une indemnisation du coût de l'offre.

3.1.3 Communication des exigences impératives (al. 3)

Selon l'AP-LMP, l'adjudicateur doit indiquer dans tous les cas les exigences auxquelles la prestation doit impérativement satisfaire.

L'[Union des villes suisses](#) et l'[Association des communes suisses](#) approuvent cette disposition, car elle apporte de la clarté. Divers participants ([Les Verts](#), [PS](#), [Fondation suisse pour la pratique environnementale](#), [WWF](#)) souhaitent intégrer l'idée de durabilité et demandent de préciser que l'adjudicateur doit dans tous les cas indiquer les exigences techniques et les exigences en matière de durabilité auxquelles la prestation doit impérativement satisfaire. L'[usam](#) souhaite ajouter que, dans un appel d'offres fonctionnel concernant la propriété intellectuelle et l'indemnisation, les dispositions sur le concours (art. 45) sont applicables. Pour [GE](#), il est contradictoire d'admettre l'appel d'offres fonctionnel à l'al. 2 et de demander à l'adjudicateur à l'al. 3 d'indiquer dans tous les cas les exigences auxquelles la prestation doit impérativement satisfaire.

3.2 Ouverture des offres (art. 36 AP-LMP)

3.2.1 Principe de l'ouverture en présence de deux personnes (al. 2)

L'AP-LMP prévoit que les offres remises dans les délais sont ouvertes en présence de deux personnes au moins.

Les participants à la consultation expriment des avis partagés à ce sujet: l'[Union des villes suisses](#), l'[Association des communes suisses](#) ainsi que la [SSE](#) approuvent ce principe. Les deux premières estiment que cette exigence n'est pas requise pour les offres transmises par voie électronique, dans la mesure où l'on veille à ce que de telles offres ne peuvent pas être manipulées. Pour la SSE, il faudrait préciser que les offres sont ouvertes en présence de deux personnes qui garantissent la régularité de la procédure. Certaines associations économiques se prononcent contre ce principe ([Fédération Infra](#), [VSG](#), [Groupe de base Planification de constructionsuisse](#)).

3.2.2 Ouverture des offres (al. 4)

L'ouverture des offres est publique si l'adjudicateur l'a précisé dans l'appel d'offres (al. 4). Il incombe donc à l'autorité d'indiquer si elle veut ouvrir les offres publiquement.

Si nombre de participants à la consultation ne sont pas explicitement contre cette proposition, aucun ne s'exprime clairement en sa faveur. [GR](#) et [TI](#), le [PS](#) ainsi que plusieurs associations économiques ([usam](#), [constructionsuisse](#), [VSG](#), [SIA](#), [SSE](#), [usic](#), [Groupe de base Planification de constructionsuisse](#), [USAT](#), [FER](#), [USM](#)) sont favorables à une ouverture des offres publique impérative. Certains demandent qu'un procès-verbal soit remis au soumissionnaire dans un délai de 48 heures. Pour le [PS](#) et [Transparency International Suisse](#), on devrait renoncer à l'ouverture publique des offres si cela est nécessaire pour la protection de l'ordre public et de la sécurité.

[SG](#), l'[Union des villes suisses](#), l'[Association des communes suisses](#) ainsi que la [Fédération Infra](#) se prononcent également contre l'ouverture publique des offres. Ils demandent plutôt qu'un droit de regard sur l'ouverture rectifiée des offres soit accordé aux soumissionnaires ou qu'un procès-verbal leur soit remis dans un délai de 48 heures.

3.3 Concours (art. 45 AP-LMP)

3.3.1 Généralités

L'instrument du concours est approuvé par les participants à la consultation. Certains d'entre eux demandent des précisions: [GE](#) se prononce contre une extension du concours à tous les types de marchés. L'[Union des villes suisses](#) et l'[Association des communes suisses](#) souhaitent une réglementation plus détaillée du concours. La [SIA](#) estime que le concours représente une forme spécifique de marché; il faudrait donc changer de système. La [SIA](#) soumet à cet effet des propositions détaillées. Elle demande en outre que les dispositions de l'actuel chapitre 4 de l'OMP soit reprises ou adaptées à la pratique.

3.3.2 Principe (al. 1)

Selon l'AP-LMP, l'adjudicateur peut organiser un concours pour l'élaboration d'une solution ou d'un procédé, en particulier pour les travaux d'études ou de planification.

Le [PS](#) souhaite qu'il soit précisé que le concours de projets et le concours portant sur les études et la réalisation constitue un concours au sens de la loi. [constructionsuisse](#) demande que la notion de «solution» soit complétée. En outre, les «prestations intellectuelles» devraient être mentionnées et la notion de concours devrait être différenciée entre concours d'idées, concours de projets et concours portant sur les études et la réalisa-

tion. La [SIA](#) et la [FAS](#) demandent elles aussi cette distinction. Elles proposent en plus une nouvelle formulation selon laquelle le concours serait la forme appropriée pour l'adjudication de prestations intellectuelles en vue de trouver des solutions à une tâche confiée par l'adjudicateur. L'[Union des villes suisses](#) et l'[Association des communes suisses](#) souhaitent pour leur part que la notion de «solution» soit complétée par la notion de «moyens pour y parvenir».

3.3.3 Remise anonyme des travaux (al. 2)

L'AP-LMP prévoit que les soumissionnaires remettent leur travail de façon anonyme.

Diverses associations économiques demandent que l'anonymat reste garanti pendant toutes les délibérations du jury jusqu'à la détermination du gagnant ([usam](#), [construction-suisse](#), [USIE](#), [usic](#), [CHfms](#), [USM](#) ainsi que [SIA](#) et [FAS](#)) et que les soumissionnaires conservent les droits d'auteur sur leurs travaux ([constructionsuisse](#), [Groupe de base Planification de constructionsuisse](#), [USM](#) ainsi que [SIA](#) et [FAS](#)). L'[Union des villes suisses](#) et l'[Association des communes suisses](#) ne partagent pas cet avis: pour elles, l'anonymat n'est pas nécessaire durant la procédure de pré-qualification et après la première appréciation dans le cadre de la phase de remaniement.

3.3.4 Appréciation par le jury (al. 3)

Selon l'AP-LMP, les travaux sont appréciés par un jury spécialisé formé en majorité de personnes indépendantes de l'adjudicateur.

Certaines associations économiques ([constructionsuisse](#), [Groupe de base Planification de constructionsuisse](#), [SIA](#)) demandent que la majorité du jury soit indépendante de l'adjudicateur et constituée de spécialistes qui disposent au moins de la même qualification que les soumissionnaires. [AlpTransit](#) souhaite que la précision «indépendantes de l'adjudicateur» soit remplacée par «non rattachées à l'adjudicateur». Le [CDF](#) souhaite biffer entièrement ce passage. L'[Union des villes suisses](#) et l'[Association des communes suisses](#) va même jusqu'à demander la suppression de tout l'al. 3, car le jury devrait parfois être dominé par l'adjudicateur.

3.3.5 Prix en espèces (al. 4)

L'AP-LMP prévoit que les participants dont les travaux sont distingués par le jury reçoivent un prix en espèces approprié. Si un droit éventuel à une indemnité doit être compensé par le prix en espèces, l'adjudicateur doit l'annoncer dans l'appel d'offres.

Pour certaines associations économiques ([usam](#), [USIE](#), [USM](#), [CHfms](#), [usic](#), [constructionsuisse](#), [Groupe de base Planification de constructionsuisse](#)), la compensation d'un droit éventuel à une indemnité par le prix en espèces n'est pas acceptable. Certaines proposent une nouvelle formulation de l'al. 4 ([SIA](#), [FAS](#), [constructionsuisse](#) et [Groupe de base Planification de constructionsuisse](#)).

3.3.6 Composition et tâches du jury (al. 5)

Selon l'AP-LMP, le Conseil fédéral et les cantons règlent la composition et les tâches du jury dans leur domaine de compétence.

Diverses associations économiques ([usam](#), [USIE](#), [usic](#), [constructionsuisse](#), [Groupe de base Planification de constructionsuisse](#), [CHfms](#), [USM](#)) demandent que les adjudicateurs s'inspirent dans toute la mesure du possible des règles pertinentes appliquées par les associations professionnelles. La [SIA](#) et la [FAS](#) demandent que le Conseil fédéral et les cantons règlent ensemble et de manière uniforme la forme de marché du concours en référence aux règles des associations professionnelles. [GE](#) estime que la composition et les tâches du jury ne devraient pas être réglées, car cela relève de la compétence du pouvoir adjudicateur.

3.4 Dialogue (art. 46 AP-LMP)

Selon l'art. 46, l'adjudicateur peut développer les solutions et les procédés proposés, en particulier lorsque le marché porte sur des prestations intellectuelles, dans le cadre d'un dialogue avec les soumissionnaires.

Cet instrument est approuvé par ZH, l'Union des villes suisses, l'Association des communes suisses ainsi que par plusieurs associations économiques (economiesuisse, usam, SWICO, Swiss Textiles, ePower, FASMED, SWISSMEM, Unique, construction-suisse, SIA, FAS, Groupe de base Planification de constructionsuisse et USM, usic, CHfms, fsai) comme nouvel élément de la procédure. Il contribuerait – notamment pour les marchés complexes – à assouplir le droit des marchés publics. Pour nombre des participants consultés, cette disposition devrait être plus détaillée (ZH, Union des villes suisses, Association des communes suisses, economiesuisse, usam, construction-suisse, SIA, FAS, Groupe de base Planification de constructionsuisse, USM, usic, CHfms, SWICO, Swiss Textiles, ePower, FASMED, SWISSMEM, Unique). Certains demandent que les conditions et le déroulement d'un dialogue, l'indemnisation des soumissionnaires ainsi que la disposition concernant la propriété intellectuelle soient décrits dans la loi.

La COMCO exige que le dialogue soit réglé en tant que procédure autonome selon les critères de la réglementation européenne (art. 28 et 29 de la Directive 2004/18).

VD et GE ainsi que l'UDC se prononcent contre l'instrument du dialogue. Ils arguent pour l'essentiel que cet instrument serait contraire au principe de transparence et pourrait être utilisé à mauvais escient par le pouvoir adjudicateur.

3.5 Négociation (art. 47 AP-LMP)

Selon l'AP-LMP, l'adjudicateur peut mener une négociation avec les soumissionnaires retenus pour qu'ils puissent améliorer leur offre (al. 1). Si aucune offre n'apparaît comme économiquement la plus avantageuse à l'issue de l'évaluation, des négociations peuvent être menées même si elles n'ont pas été annoncées dans l'appel d'offres (al. 2).

L'instrument de la négociation est expressément agréé par certaines associations économiques (AES, SWICO, FASMED) ainsi que par différents adjudicateurs (BLS, Hôpital de l'île Berne, H+, Unique, TPG/AIG/SIG). La DTAP s'exprime aussi en faveur de la possibilité de négocier. Elle rejette en revanche le fait que les cantons puissent ou non prévoir des négociations. S'ils le faisaient, ils devraient respecter les exigences de la Confédération. Au lieu de ce choix, la DTAP souhaite une réglementation parallèle pour la Confédération d'une part et pour les cantons d'autre part. L'Union des villes suisses et l'Association des communes suisses approuvent l'instrument des négociations, mais demandent des règles de conduite plus strictes. Selon Swiss Textiles, la procédure de négociation devrait être décrite plus en détail dans la loi.

Les participants ci-après à la consultation critiquent en partie l'instrument des négociations:

Les "négociations sur le prix", et non pas les négociations en général, sont rejetées par GR, le PDC ainsi que par des associations économiques (USS, economiesuisse, SEC Suisse, Travail.Suisse, suissetec, Isolsuisse, SWISSMEM). Viscom et l'USAT ne rejettent expressément que les "négociations sur le prix".

Les "négociations sur le prix, l'étendue des prestations et le rapport qualité-prix" sont rejetées par plusieurs associations économiques (usam, constructionsuisse, Fédération Infra, USIE, VSG, SIA, FAS, usic, Groupe de base Planification de constructionsuisse, USM, CHfms, KGL, SEC Suisse, Travail.Suisse, suissetec, Isolsuisse, SSE, CHGEOL). Elles considèrent pour l'essentiel que les négociations limitées au prix n'ont rien à voir

avec une concurrence loyale et provoquent un abus du pouvoir de la demande. S'il s'agit de préciser des questions de détail ou d'explicitier une offre, l'instrument de la rectification suffit. L'[usam](#) et la [SSE](#) ne souhaitent autoriser les négociations sur le prix, l'étendue des prestations et le rapport qualité-prix que pour l'achat de biens standardisés, et la [SIA](#) veut les limiter à la procédure de gré à gré.

Plusieurs participants à la consultation se prononcent en faveur d'une reprise des dispositions de l'AIMP actuel ou des directives d'adjudication qui y sont rattachées (DEMP). Ces dernières stipulent: "Les négociations entre l'adjudicateur et les soumissionnaires sur des prix, des remises de prix et des modifications du contenu des prestations dans ce contexte ne sont pas autorisées. Les négociations sont autorisées dans la procédure de gré à gré" (§ 30, al. 1 et 2, DEMP "Interdiction des rondes de négociation", en relation avec l'art. 11 let. c, AIMP; [SO](#), [Fédération Infra](#), [FER](#), [Association pour les marchés publics et privés Vereinigung für das öffentliche und private Beschaffungswesen](#)).

[ZH](#), [VD](#) et [GE](#), le [PS](#) et l'[UDC](#) ainsi que [Transparency International Suisse](#) se prononcent *contre les négociations en général*. Ils considèrent pour l'essentiel que les négociations sont contraires aux règles de transparence et d'égalité de traitement et accroissent les risques d'abus et de corruption.

3.6 Listes permanentes (art. 49 AP-LMP)

L'AP-LMP prévoit que l'adjudicateur peut tenir des listes permanentes de soumissionnaires qui ont apporté la preuve qu'ils ne font pas l'objet d'un motif d'exclusion au sens des art. 25 et 26 et qu'ils remplissent les critères de qualification (art. 31) fixés pour certaines catégories de prestations (al. 1). Les soumissionnaires qui remplissent ces conditions sont inscrits sur la liste permanente à leur demande (al. 2). L'adjudicateur annonce l'établissement d'une liste permanente dans l'organe de publication officiel. L'annonce doit contenir au moins les indications prévues à l'annexe 3 (al. 3). L'inscription d'un soumissionnaire sur une liste ne dispense pas l'adjudicateur de vérifier, lors de l'adjudication, qu'il n'existe aucun motif d'exclusion au sens des art. 25 et 26 et que les critères de qualification sont remplis (al. 4). Le soumissionnaire non inscrit sur une liste peut participer également à une passation de marché (al. 5).

L'instrument des listes permanentes est expressément agréé par l'[Union des villes suisses](#), l'[Association des communes suisses](#), l'[Union patronale suisse](#), [WBCB](#) et l'[USAT](#), car les listes permanentes réduisent le travail des soumissionnaires et des adjudicateurs.

D'autres associations économiques approuvent également cette proposition. Elles font néanmoins valoir que la réduction du travail visée ne peut être effective que si les listes permanentes – contrairement à ce qui est envisagé – sont tenues de manière centralisée ([economiesuisse](#), [SSE](#), [usic](#), [swissT.net](#), [ASA](#), [FASMED](#)).

[GR](#) ainsi que certaines associations économiques ([SIA](#), [FAS](#), [Groupe de base Planification de constructionsuisse](#)) rejettent l'instrument des listes permanentes et préconisent plutôt un système d'autodéclaration détaillée des soumissionnaires.

Divers organes consultés ([GE](#), [Union des villes suisses](#), [Association des communes suisses](#), [usam](#), [Union patronale suisse](#), [constructionsuisse](#), [USIE](#), [usic](#), [USM](#), [CHfms](#), [KGL](#)) critiquent la tenue d'une liste, qui n'est pas judicieuse si l'al. 4 prévoit que les conditions doivent quand même être vérifiées chaque fois. Certains demandent que l'inscription sur une liste permanente fonde la présomption que les exigences de l'al. 1 sont remplies.

3.7 Délais et raccourcissement des délais (art. 51-53 AP-LMP)

3.7.1 Délais minimaux (art. 52)

L'AP-LMP prévoit en procédure d'appel d'offres ouverte un délai minimal de 40 jours à partir de la publication de l'appel d'offres pour la présentation d'une offre. En procédure sélective, il accorde un délai minimal de 25 jours à partir de la publication de l'appel d'offres pour la remise d'une demande de participation et un délai minimal de 40 jours à partir de l'invitation pour la présentation d'une offre.

Pour [SG](#), ces délais minimaux ne devraient s'appliquer qu'aux marchés au-dessus des valeurs seuils internationales. Pour [GE](#), ces délais minimaux sont trop longs. Pour [swissT.net](#) et [FASMED](#), ils sont trop courts notamment pour les prestations complexes. Selon la [SSE](#), les délais minimaux seraient régulièrement trop courts pour les grands appels d'offres de la construction. Il arrive souvent qu'un marché soit publié avant que les documents soient disponibles pour les soumissionnaires. La publication ne devrait donc avoir lieu qu'une fois que tous les documents d'appel d'offres puissent être distribués. Diverses associations économiques ([usam](#), [constructionsuisse](#), [USIE](#), [USM](#), [KGL](#), [suissetec](#), [Isolsuisse](#)) souhaitent qu'un délai minimal de 20 jours à partir de la remise des documents soit prévu dans la loi également pour la procédure invitant à soumissionner et la procédure de gré à gré.

3.7.2 Raccourcissement (art. 53)

Selon l'AP-LMP, le délai minimal de 40 jours pour la présentation des offres peut être raccourci dans certains cas. En vertu de l'al. 1, il peut être réduit à 25 jours à raison de cinq jours pour chacun des cas cités, à savoir si l'appel d'offres est publié par voie électronique (let. a), si les documents d'appel d'offres sont fournis par voie électronique avec l'appel d'offres (let. b) ou si les offres peuvent être présentées par voie électronique (let. c). De plus, l'al. 2 précise que les délais minimaux peuvent être raccourcis à dix jours si l'adjudicateur peut dûment établir que le marché est urgent et ne pourrait être exécuté à temps sans raccourcissement du délai (let. a), s'il a déjà annoncé l'appel d'offres prévu dans l'organe de publication officiel et invité les soumissionnaires intéressés à signaler leur intention de participer à la procédure dans le délai imparti (let. b), et s'il a mentionné dans un appel d'offres portant sur des prestations périodiques qu'il réduirait les délais dans les appels d'offres suivants (let. c).

En ce qui concerne l'al. 1, [l'usam](#) constate que le raccourcissement du délai ne correspond pas au gain de temps réel. Plusieurs associations économiques sont opposées à un raccourcissement du délai selon l'al. 1 ([economiesuisse](#), [suissetec](#), [swissT.net](#), [ePower](#), [FASMED](#)). Dans les grandes lignes, elles estiment que le recours à la voie électronique à lui seul ne fait pas gagner beaucoup de temps et ne justifie pas un raccourcissement du délai. Le délai de traitement pour les soumissionnaires reste globalement identique. La [SSE](#) aimerait pour sa part que l'al. 1 précise que le secteur de la construction n'est pas concerné par le raccourcissement du délai, dans la mesure où le recours à la voie électronique est exclu dans cette branche. [GE](#) estime que c'est le type de marché et non le mode de transmission des documents qui doit déterminer un éventuel raccourcissement du délai.

[GE](#) exige également certaines précisions relatives à l'al. 2. Pour [l'usam](#), il est exagéré de ramener le délai à 10 jours, indépendamment du type de procédure. Le raccourcissement devrait soit être limité à un type de procédure en particulier, soit ne pas dépasser 50 % du délai prévu. [L'ASA](#) est favorable à un délai minimal de 15 jours (ouverts) au lieu de 10.

4. HARMONISATION

L'AP-LMP veut harmoniser le droit des marchés publics de la Confédération et des cantons. Il prévoit à cet effet une uniformisation partielle du droit des marchés publics de la Confédération et des cantons (2.1), ainsi qu'une harmonisation des seuils au plan national (2.2). Ces deux points ont suscité la controverse lors de la consultation. L'harmonisation par l'unification des exigences auxquelles l'appel d'offres et les documents qui s'y rapportent doivent répondre (2.3) et par l'uniformisation des critères d'appréciation (2.4) jouit en revanche d'un large soutien. L'avant-projet prévoit en outre la création d'une Commission suisse des marchés publics (2.5). Cette initiative est généralement approuvée par les milieux consultés, mais certains demandent que les communes ou les milieux économiques y soient associés.

4.1 Unification partielle (art. 1 et 6 AP-LMP; explications générales dans le recueil des prises de position)

Le droit des marchés publics de la Confédération et celui des cantons doivent être unifiés. L'avant-projet prévoit une unification partielle, car une uniformisation totale n'est pas envisageable eu égard à la répartition des compétences définie par la Constitution.

L'art. 1 prévoit que la LMP régleme la procédure de passation des marchés publics de la Confédération (let. a) et unifie en partie le droit des marchés publics de la Confédération et celui des cantons (let. b).

L'art. 6 énumère les domaines dans lesquels les cantons peuvent édicter leurs propres dispositions. En vertu de l'al. 1, il s'agit notamment de l'abaissement des seuils (let. a), des normes régissant l'adjudication (let. b), de l'exclusion ou de la limitation et de l'organisation de certains éléments particuliers de la procédure d'appel d'offres (let. c) et des normes régissant la procédure invitant à soumissionner (let. d). Aux termes de l'al. 2, les cantons garantissent pour les marchés dans leur domaine de compétence des voies de droit conformes aux exigences des accords internationaux. La Confédération et les cantons s'informent en temps utile et de façon exhaustive des modifications prévues de leurs dispositions, comme le précise l'al. 3. Ils participent mutuellement à leurs travaux préparatoires.

Vue d'ensemble: s'agissant de l'uniformisation partielle des droits des marchés publics à l'échelle nationale, les participants à la consultation suivants ont exprimé une opinion:

- *positive:* BE, le PS, le PLR, l'Association des communes suisses, de nombreuses associations économiques (economiesuisse, Union patronale suisse, construction-suisse, Fédération Infra, USIE, Viscom, USAT, USM, suissetec, Swiss Engineering, ePower, SSE, Holzbau Schweiz, fsai, groupe de base Planification de construction-suisse, ASA, PPP, crb, CHGEOL, FER, CHfms), l'Hôpital de l'île de Berne, AlpTransit, COMCO, La Poste Suisse, ainsi que l'Association pour les marchés publics et privés;
- *négative:* tous les cantons (sauf BE), le PDC, l'UDC, quelques associations économiques (USS, SEC Suisse, Union des banques cantonales suisses, FSA, Forum PME) ainsi que la DTAP.

Dans le détail: plusieurs participants consultés sont même favorables à une uniformisation plus large sur la base d'une nouvelle donne constitutionnelle. C'est le cas de l'Union des villes suisses, de différentes organisations économiques (UPS, AES, Swiss Textiles, groupe de base Planification de constructionsuisse, fsai, swissT.net, Swiss engineering, SWISSMEM, PPP), la COMCO, La Poste Suisse, ainsi que du Conseil des EPF.

Quelques associations économiques (constructionsuisse, USIE, Fédération Infra, USM, VSG, SSE) désirent maintenir le concordat en tant qu'instrument de coordination et veu-

lent que les cantons trouvent ensemble des solutions dans leur domaine de compétence. Quelques autres ([économiesuisse](#), [SSE](#), [USIE](#)) demandent qu'un délai d'adaptation du concordat soit imposé aux cantons.

La [DTAP](#), [ZH](#), [GE](#), [TI](#) et [BE](#) et [l'Union des villes suisses](#) craignent qu'aucun concordat ne puisse être conclu dans les domaines de compétence relevant des cantons en vertu de l'art. 6. Si chaque canton réglemente lui-même ces domaines et qu'il en résulte 26 normes différentes, nous assisterions alors à un nouvel éclatement du droit qui constituerait un pas en arrière au vu de la situation d'harmonisation actuelle.

Les avis des participants à la consultation concernant les compétences relevant aux cantons en vertu de l'art. 6 sont les suivants:

- Plusieurs associations économiques se prononcent en faveur d'une énumération exhaustive des compétences cantonales dans l'art. 6 ([économiesuisse](#), [usam](#), [USS](#), [AES](#), [ASA](#), [USM](#), [SEC Suisse](#)).
- Certaines sont opposées à la possibilité offerte aux cantons d'abaisser les seuils (let. a) ([usam](#), [usic](#), [groupe de base Planification de constructionsuisse](#), [AES](#), [USAT](#), [CHGEOL](#), [swissT.net](#), [KGL](#), [Association pour les marchés publics et privés](#)).
- Pour d'autres, les normes régissant l'adjudication (let. b) ne devraient pas relever de la compétence des cantons ([usam](#), [constructionsuisse](#), [suissetec](#), [usic](#), [Isolsuisse](#), [swissT.net](#), [USM](#), [groupe de base Planification de constructionsuisse](#)).
- La possibilité de dérogation offerte aux cantons par la let. c, qui précise que ceux-ci peuvent légiférer eux-mêmes en ce qui concerne l'exclusion ou la limitation et l'organisation de certains éléments particuliers de la procédure d'appel, est rejetée par une partie d'entre elles ([constructionsuisse](#), [usic](#), [swissT.net](#), [groupe de base Planification de constructionsuisse](#), [USM](#)).
- Pour quelques autres, les normes régissant la procédure invitant à soumissionner (let. d) ne devraient pas relever de la compétence des cantons ([usam](#), [usic](#), [groupe de base Planification de constructionsuisse](#), [swissT.net](#)).

Sur le fond, la [DTAP](#) est favorable à une harmonisation du droit des marchés publics à l'échelle nationale, mais s'oppose à l'avant-projet. En substance, elle relève qu'il n'y a pas d'urgence à agir et que l'avant-projet n'apporte pas l'harmonisation recherchée, mais au contraire un éclatement du droit et une incertitude juridique. De plus, l'avant-projet ne repose pas sur une vision d'ensemble, mais sur la volonté de soumettre des domaines aussi vastes que possible à la législation fédérale. Pour elle, les attentes et les attributions des cantons ont été négligées. Globalement, l'avant-projet représenterait un pas en arrière, dans la mesure où la forte harmonisation actuelle des droits des marchés publics cantonaux et communaux volerait en éclats et avec elle l'avantage de l'actuel concordat. Du point de vue du fédéralisme, il pose également problème en remettant en question la répartition constitutionnelle des compétences et en étant incompatible avec les efforts de la RPT. La [DTAP](#) estime par ailleurs qu'il est un peu tôt pour adopter un nouveau droit des marchés publics vu que les négociations internationales n'ont pas encore abouti. En outre, en vertu de l'art. 95, al. 2, Cst., la Confédération est habilitée à instaurer des garde-fous juridiques, mais pas à s'ingérer dans l'autorité administrative des cantons. Enfin, les économies potentielles visées pourraient être obtenues par l'utilisation d'instruments communs comme une plate-forme de publication électronique commune. Ces économies ne dépendent toutefois pas d'une législation fédérale centrale. Au lieu de l'unification partielle, la [DTAP](#) propose donc de maintenir l'harmonisation parallèle. Les cantons sont favorables à une harmonisation accrue. Ils ont modifié le concordat et y ont intégré de nouvelles directives en matière d'adjudication. L'extension du domaine de réglementation du concordat permettrait de renoncer largement aux dispositions d'exécution cantonales. De son côté, la Confédération devrait mettre en œuvre

les accords de droit international au moyen de la LMP pour elle-même et définir le reste du droit fédéral des marchés publics au moyen de l'OMP.

Tous les cantons à l'exception de [BE](#) se rallient au point de vue de la DTAP.

Outre cette dernière et les cantons (sauf [BE](#)), d'autres participants à la consultation estiment également que l'unification partielle est en contradiction avec les compétences constitutionnelles et organisationnelles des cantons ([UDC](#), [SAB](#), [Union des banques cantonales suisses](#)), et qu'elle induit un nouvel éclatement juridique d'un droit des marchés publics aujourd'hui harmonisé par l'AIMP ([PDC](#), [FSA](#)).

4.2 Seuils (art. 15 AP-LMP)

L'AP-LMP vise, sur le marché intérieur, une harmonisation des seuils à l'échelle nationale (al. 1). Pour les biens et les services, le seuil de 250 000 francs pour les autorités et unités administratives de la Confédération, des cantons et des communes a été repris de l'actuel AIMP. En ce qui concerne les adjudicateurs au sens de l'art. 4, al. 1, let. b AP-LMP, une harmonisation du seuil à 650 000 francs est prévue. Comme dans l'actuel AIMP, les seuils de la procédure invitant à soumissionner se montent pour tous les adjudicateurs à 100 000 francs pour les biens et à 150 000 francs pour les services. S'agissant des ouvrages et travaux de construction, l'avant-projet prévoit une procédure d'appel d'offres pour les ouvrages à partir de 8 millions de francs et les travaux de construction dès 2 millions de francs. Sans changement par rapport à l'actuel AIMP, une procédure invitant à soumissionner est imposée pour tous les adjudicateurs dès 150 000 francs.

Harmonisation des seuils: L'harmonisation des seuils pour la Confédération, les cantons et les communes est agréée sur le fond par la [DTAP](#), [ZH](#) et [BE](#), ainsi que par quelques associations économiques ([AES](#), [USAT](#), [USM](#)). [GE](#) et [SG](#), l'[Union des villes suisses](#), l'[Association des communes suisses](#) ainsi que quelques organisations économiques ([AES](#), [SWICO](#) et [USAT](#)) sont favorables à une harmonisation des seuils pour les adjudicateurs. [BE](#) et [SG](#), ainsi que la [ville de Lausanne](#) proposent de reprendre tous les seuils de l'AIMP. Plusieurs associations exigent que les seuils soient déterminés en fonction des engagements internationaux ([economiesuisse](#), [usam](#), [constructionsuisse](#), [Fédération Infra](#), [USIE](#), [SSE](#), [usic](#), [groupe de base Planification de constructionsuisse](#), [swissT.net](#), [Swiss Engineering](#), [FASMED](#), [USM](#), [CHfms](#)).

Augmentation des seuils: L'[USIE](#), [constructionsuisse](#), l'[USM](#), La Poste Suisse et les [TPG](#) sont généralement favorables à une augmentation des seuils. Certaines associations économiques ([usam](#), [constructionsuisse](#), [USIE](#) et [USM](#)) demandent une élévation des seuils relatifs aux *biens* au niveau des cantons (de 250 000 à 383 000 francs). Un certain nombre d'entre elles ([constructionsuisse](#), [USIE](#), [SSE](#), [CHGEOL](#), [USM](#)) souhaitent en outre le relèvement de 250 000 à 383 000 francs des seuils relatifs aux *services*, mais seulement pour les cantons, tandis que d'autres ([SWICO](#), [usic](#), [groupe de base Planification de constructionsuisse](#), [ePower](#) et [Swiss Engineering](#)) sont favorables à une hausse des seuils pour les services. Le relèvement de 8 à 10 millions de francs des seuils pour les *ouvrages de construction* recueille les suffrages de [constructionsuisse](#), de l'[USIE](#), de la [Fédération Infra](#), de l'[USM](#) et des [CFF](#). L'[usam](#), la [SSE](#), La Poste Suisse et le [Conseil des EPF](#) sont pour le maintien du seuil actuel de 9,575 millions de francs. Le seuil de 2 millions de francs pour les travaux de construction est approuvé par la [SSE](#) et l'[USM](#), tandis que les [CFF](#) y sont opposés.

Baisse des seuils: [BE](#), [GE](#) et [SG](#), la [COMCO](#) et la [ville de Lausanne](#) souhaitent une baisse du seuil appliqué aux ouvrages et travaux de construction.

Le Conseil fédéral et les cantons peuvent, dans leur domaine de compétence, baisser les seuils ou les adapter aux développements du droit international (al. 2).

ZH et GE ainsi que la DTAP font valoir que cette possibilité conduit à un éclatement du droit et à un recul par rapport à l'AIMP. Différentes associations économiques (usam, constructionsuisse, USIE, USM, suissetec, Isolsuisse) demandent en outre que la détermination des seuils soit soumise au contrôle parlementaire.

4.3 Exigences relatives à l'appel d'offres (art. 18 ss. AP-LMP)

L'art. 18 règle le contenu minimal et la publication de l'appel d'offres. Il définit certaines exigences minimales pour l'appel d'offres en renvoyant aux indications de l'annexe 1. L'adjudicateur est tenu de publier l'appel d'offres dans l'organe de publication officiel (al. 2). Plusieurs organisations économiques (usam, constructionsuisse, FAS, usic, groupe de base Planification de constructionsuisse, USM et CHfms) demandent que l'al. 1 et les indications prévues à l'annexe 1 soient complétées en tenant compte des éventuels concours et dialogues. D'autres (SIA, FAS, usic et Groupe de base Planification de constructionsuisse) estiment que les indications minimales à publier dans un appel d'offres devraient être différenciées selon la forme de l'adjudication. ZH et BE ainsi que swissT.net sont favorables à l'idée d'une plate-forme Internet Simap exploitée conjointement par la Confédération et les cantons en guise d'organe de publication uniforme.

L'art. 19 règle le contenu et la publication des documents d'appel d'offres. En vertu de l'al. 1, l'adjudicateur est tenu de décrire en détail les critères d'évaluation (let. b) et les conditions de paiement (let. d) dans les documents d'appel d'offres. Quelques participants consultés (GR, economiesuisse, usam, Fédération Infra, VSG, SSE, Forum PME) souhaitent qu'à la let. b, les notions de «critères de qualification et d'adjudication» remplacent ou complètent celle de «critères d'évaluation». L'USAT et la COMCO voudraient que la let. b impose la pondération des critères d'évaluation dans les documents d'appel d'offres. Concernant la let. d, diverses organisations économiques (Fédération Infra, Suissetec, Isolsuisse, Forum PME) verraient d'un bon œil que les documents d'appel d'offres mentionnent non seulement les conditions, mais également le délai de paiement. Plusieurs autres (usam, constructionsuisse, USIE, VSG, SSE, USM) souhaiteraient qu'un délai de paiement de 30 jours soit introduit à la let. d.

Selon l'al. 2, l'adjudicateur rend les documents d'appel d'offres accessibles au moment de l'appel d'offres en procédure d'appel d'offres ouvertes (let. a), et au moment de l'invitation à déposer des offres en procédure sélective (let. b). GE et des organisations économiques (usam, constructionsuisse, USIE, SIA, FAS, usic, groupe de base Planification de constructionsuisse, USM, CHfms) souhaitent qu'en procédure sélective également, les documents d'appel d'offres soient déjà rendus publics au moment de la publication de l'appel d'offres dans la mesure où la décision de prendre part à un concours dépend généralement de l'objet en projet. Pour economiesuisse ainsi que pour la SSE, les documents d'appel d'offres doivent aussi être accessibles au moment de l'invitation à déposer des offres en procédure invitant à soumissionner. Elles demandent que l'al. 2 soit complété dans ce sens.

L'al. 3 prévoit que l'adjudicateur remette les documents d'appel d'offres aux soumissionnaires qui le demandent. TI et plusieurs associations économiques (economieuisse, usam, constructionsuisse, SSE, USM, USIE, CHGEOL, suissetec, Isolsuisse, FASMED, FER) veulent que les documents d'appel d'offres soient remis aux soumissionnaires gratuitement. SO demande que cette disposition soit biffée puisqu'en raison du volume des documents, il serait parfois indiqué que les soumissionnaires viennent chercher les documents d'appel d'offres chez l'adjudicateur.

4.4 Critères d'évaluation (art. 30 à 32 AP-LMP)

L'AP-LMP vise à supprimer les différences en matière de critères de sélection entre les droits fédéral et cantonaux actuels.

4.4.1 Critères d'évaluation en général (art. 30 AP-LMP)

L'AP-LMP prévoit que l'adjudicateur fixe des critères de qualification et d'adjudication (critères d'évaluation) mesurables et en rapport avec la prestation à évaluer. Il doit pour cela tenir compte de la nature et de la complexité du marché.

Plusieurs associations économiques relèvent que les critères de qualification ne sont pas toujours en rapport avec la prestation, comme le montre l'instrument des listes permanentes. Cette disposition devrait par conséquent préciser que l'adjudicateur définit des critères de qualification mesurables et adaptés à la complexité du marché, ainsi que des critères d'adjudication mesurables et en rapport avec la prestation à exécuter ([usam](#), [constructionsuisse](#), [USIE](#), [USM](#), [usic](#), [KGL](#) et [CHfms](#)).

4.4.2 Critères de qualification (art. 31 et annexe 2 AP-LMP)

En vertu de l'art. 31, al. 1, l'adjudicateur fixe les critères permettant de contrôler les capacités professionnelles, techniques, économiques et organisationnelles du soumissionnaire. Pour cela, il se fonde notamment sur les critères prévus à l'annexe 2 (al. 2) et peut exiger du soumissionnaire qu'il apporte les preuves prévues dans cette annexe. Celle-ci énumère les critères de qualification possibles et les preuves à fournir.

Le [PS](#) approuve le fait que l'avant-projet inclue des critères de durabilité sociaux et écologiques tant dans les critères de qualification que dans les critères d'adjudication. Ainsi, l'adjudicateur peut exiger le respect de normes sociales et environnementales à la fois en ce qui concerne le prestataire et la prestation à fournir. Le [PS](#) veut également que le critère de qualification de la durabilité soit complété par l'exigence d'une preuve de «gestion sociale». Le [PS](#) et [Transparency International Suisse](#) demandent l'introduction d'un dispositif anti-corruption comme critère de qualification. Les [Verts](#), la [Fondation suisse pour la pratique environnementale](#) et le [WWF](#) souhaitent que le texte précise encore que l'adjudicateur, lorsqu'il fixe les critères de qualification, tienne compte des normes environnementales et sociales. De l'avis [d'economiesuisse](#), les critères de qualification ne devraient pas être exigeants au point d'inclure des normes en matière environnementale ou de gestion de la qualité si celles-ci n'ont pas un lien matériel direct avec l'adjudication du marché. Pour la [Fédération Infra](#), la [VSG](#) et la [SSE](#), l'art. 31 devrait préciser que les critères de qualification doivent être publiés en même temps que l'appel d'offres. [Viscom](#) et [ePower](#) sont opposées à l'application du critère de qualification relatif à l'acceptation illimitée des conditions générales de la Confédération. Plusieurs ONG ([ISCOM](#), [Magasin du monde](#), [OSEO](#), [Fairtrade Max Havelaar](#), [Pain pour le prochain](#), [Caritas Suisse](#), [Groupe de travail tourisme et développement](#), [Helvetas](#), [Action de Carême](#), [Alliance sud](#), [Déclaration de Berne](#)) saluent la prise en compte de normes écologiques dans les critères de qualification et d'adjudication. S'agissant des critères sociaux, elles se félicitent que le soumissionnaire doive respecter les conventions de l'Organisation internationale du travail en vertu de l'art. 25, al. 3, de l'avant-projet, mais regrettent que l'adjudicateur ne soit toujours pas autorisé à inclure des exigences sociales et économiques dans les conditions de production et les rapports commerciaux liés à l'acquisition d'un service. Elles exigent par conséquent que l'adjudicateur puisse mettre au concours des produits issus d'une production socialement et économiquement durable.

S'agissant de l'annexe 2, divers participants consultés ([PS](#), [Verts](#), [plusieurs ONG](#), [Fondation suisse pour la pratique environnementale](#), [WWF](#)) demandent qu'un système de gestion sociale soit exigé à titre de preuve pour le critère de durabilité. Un certain nombre d'organisations économiques ([usam](#), [constructionsuisse](#), [USIE](#), [groupe de base Pla-](#)

nification de constructionsuisse, USM, CHfms) s'expriment sur la durée de validité des attestations légales et proposent que ces dernières se rapportent aux douze derniers mois. L'usam est opposée à la mention d'un système de gestion environnementale dans les preuves de durabilité. Le PS demande que le critère de qualification «formation professionnelle» avec pour preuve la mention «places d'apprentissage» et «autres places de formation» soit ajouté dans l'annexe 2. Il propose en outre avec Transparency International Suisse de compléter le critère «organisation» et de prévoir comme preuve un dispositif anti-corruption ainsi que des mesures préventives et institutionnelles de lutte contre la corruption. La SIA et la FAS demandent que, dans l'annexe 2, pour ce qui est des critères et des preuves, une distinction soit faite entre les prestations intellectuelles et les autres formes d'adjudication, dans la mesure où les spécificités des prestations intellectuelles exigent des critères de qualification et d'adjudication spécifiques. SWISSMEM craint que, dans les appels d'offres, des systèmes de gestion environnementale et de gestion de la qualité fassent également partie des critères de qualification sans rapport objectif correspondant, ce qui n'est guère favorable aux PME.

4.4.3 Critères d'adjudication (art. 32 AP-LMP)

En vertu de l'art. 32, al. 1, l'adjudicateur fixe des critères d'adjudication pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. L'al. 2 établit la distinction entre critères d'adjudication monétaires et non monétaires (à ce sujet voir également les explications données au paragraphe «Modernisation»). Selon l'al. 3, l'adjudicateur fixe l'ordre des critères et les pondère. Si le marché porte sur des solutions ou des procédés, l'al. 4 précise enfin que l'adjudicateur prescrit au moins l'ordre de priorité des critères.

Pour la SIA, la FAS et le Groupe de base Planification de constructionsuisse, l'al. 1 devrait préciser que les critères d'adjudication sont fixés en fonction du marché.

S'agissant de la distinction entre critères d'adjudication monétaires et non monétaires, ces participants se réfèrent aux explications données dans la partie «Modernisation». Au chapitre des critères monétaires, economiesuisse et swissT.net approuvent le fait que l'on tienne compte des coûts calculés sur la durée de vie. GE et l'usam apportent quelques petites précisions à ce sujet.

En ce qui concerne les critères d'adjudication non monétaires, les participants consultés proposent que les critères suivants soient cités de manière explicite: formation des apprentis (usam, AES, Association pour les marchés publics et privés), émissions durant le transport (usam, constructionsuisse, SSE, usic, USM et KGL), «conditions contractuelles» (SWICO, ePower), développement durable (WWF, Fondation suisse pour la pratique environnementale), durabilité sociale (Les Verts) et prise en compte des aspects sociaux (Coop).

Diverses associations économiques (usam, constructionsuisse, VSG, SSE, USM) demandent que l'al. 3 précise que la pondération des critères d'adjudication et leur conversion en points soient rendues publiques dans les documents d'appel d'offres. A ce propos, l'usam, la VSG et la SSE estiment que la pondération du prix ne devrait pas dépasser 50 %. SWICO, economiesuisse et l'ASA sont généralement favorables à la publication de l'ordre de priorité et de la pondération des critères d'adjudication dans les documents d'appel d'offres. SWISSMEM est d'avis de pondérer également les sous-critères. Pour le CDF, l'adjudicateur doit proportionner les critères monétaires et non monétaires.

Pour BE et GE ainsi que pour ePower, il est incompréhensible qu'en vertu de l'al. 4, l'adjudicateur ne soit pas tenu de pondérer les critères d'adjudication si le marché porte sur des solutions ou des procédés. Plusieurs associations économiques (usam, constructionsuisse, CHGEOL, USM, usic, groupe de base Planification de constructionsuisse, CHfms) aimeraient que l'on précise à propos des solutions et des procédés que l'on entend par là essentiellement des prestations intellectuelles, puisque la plupart de ces so-

lutions et procédés devraient entrer dans cette catégorie. A l'exception de l'usam, les associations économiques et la [SIA](#) demandent que dans la version allemande le terme "Lösungen" (solutions) soit placé avant les expressions "Lösungswege oder Vorgehensweisen", puisque les concours de projet font appel à des "Lösungen" (solutions) et non à des "Lösungswege" (moyens pour y parvenir) ou à des procédés (Vorgehensweisen). L'[USIC](#), le [groupe de base Planification de constructionsuisse](#) et [CHfms](#) aimeraient voir précisé ici que les critères d'adjudication monétaires n'ont dans ce cas qu'une importance secondaire.

[Les Verts](#), le [WWF](#) et la [Fondation suisse pour la pratique environnementale](#) sont favorables à un alinéa supplémentaire précisant que le Conseil fédéral fixe de manière contraignante les critères d'adjudication en matière de développement durable et leur pondération pour différentes catégories d'adjudication, et qu'il peut confier l'élaboration de ces critères à des services ou à des organismes spécialisés.

4.5 Commission suisse des marchés publics (art. 85 AP-LMP)

L'art. 85 prévoit l'institution d'une Commission suisse des marchés publics dont la mission est d'encourager la collaboration et l'échange de connaissances et d'expériences entre la Confédération, les cantons et l'économie privée dans le domaine des marchés publics. Cette commission est constituée paritairement de représentants de la Confédération et des cantons nommés respectivement par le Conseil fédéral et par les cantons.

[BE](#) et l'[USS](#) demandent que les partenaires sociaux soient également représentés dans cette commission. De l'avis de l'[USS](#), le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG) doit également siéger au sein de cette commission. L'[Union des villes suisses](#) et l'[Association des communes suisses](#) demandent que les communes et les villes y soient elles aussi représentées.

De nombreuses associations économiques exigent que l'économie ait également ses représentants au sein de cette commission ([usam](#), [SEC Suisse](#), [Travail.Suisse](#), [constructionsuisse](#), [USIE](#), [SIA](#), [FAS](#), [SSE](#), [USIC](#), [groupe de base Planification de constructionsuisse](#), [USAT](#), [USM](#), [CHfms](#), [suissetec](#), [Isolsuisse](#)).