

Madame
Eveline Widmer-Schlumpf,
Conseillère fédérale
Département fédéral
des finances
3000 Berne

Zurich, le 26 juin 2015

Révision de la loi fédérale et de l'ordonnance sur les marchés publics (LMP / OMP), ordonnance sur les valeurs seuils applicables aux marchés publics (OVS). Prise de position

Madame la Conseillère fédérale,
Mesdames, Messieurs,

Le 1^{er} avril 2015, le Conseil fédéral a mis la révision mentionnée sous rubrique en consultation. Nous faisons volontiers usage de cette possibilité et soumettons notre prise de position sur ce projet, qui revêt pour nous une importance toute particulière.

constructionsuisse est l'organisation faîtière du secteur de la construction en Suisse. Elle regroupe quelque 70 organisations membres et se compose de quatre groupes de base: Planification, Gros-œuvre, Second œuvre et techniques du bâtiment, Production et négoce. Lors de l'évaluation des prises de position, nous demandons de bien vouloir prendre en considération la portée économique de notre branche: le secteur de la construction génère un chiffre d'affaires annuel de près de 60 milliards de francs et emploie plus de 500 000 travailleurs. Les pouvoirs publics octroient pour une large part des mandats à la construction (part estimée à 50%). Par conséquent, les règles sur les marchés publics revêtent une importance cruciale pour notre branche.

I. Oui à l'harmonisation du droit des marchés publics

Sur le principe, le secteur de la construction se félicite du projet d'harmonisation des réglementations de la Confédération et des cantons en matière de marchés publics. Le droit des marchés publics en vigueur en Suisse est compliqué et disparate. Les entreprises opérant à l'échelon régional et supra-régional sont confrontées à un surcroît de travail administratif inutile pour repérer les réglementations différentes et agir en conséquence. La loi fédérale sur les marchés publics (LMP) et son ordonnance (OMP) sont applicables aux marchés fédéraux. Chaque canton dispose de sa propre législation sur les marchés publics, mais les cantons ont convenu entre eux de réglementations uniformes pour certains points cruciaux dans le cadre de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP). En outre, des décrets communaux sur les soumissions existent dans un nombre non négligeable de communes. Enfin, cha-peautant le tout, les directives de l'Accord sur les marchés publics (AMP) GATT/OMC doivent être respectées pour l'ensemble de la législation nationale.

constructionsuisse vise une harmonisation la plus étendue possible des dispositions sur les marchés publics aux trois niveaux institutionnels de l'Etat fédéral (Confédération, cantons et communes). C'est pourquoi elle salue en principe tout particulièrement l'harmonisation visée entre la législation fédérale et l'AIMP. Après le projet mis en consultation l'hiver dernier sur l'AIMP se déroule maintenant la procédure de consultation sur la législation fédérale LMP/OMP. A l'instar de la révision de l'AIMP, le projet de révi-

sion LMP/OMP est aussi plus clair et compréhensible que la législation actuellement en vigueur. Il faut relever comme élément positif le fait que la structure du projet de révision correspond dans une large mesure au déroulement d'une adjudication publique. La qualité du projet sous l'angle de la technique législative est élevée; nous saluons le précieux travail fourni par le groupe de travail préparatoire Confédération-cantons. Toutefois, certaines dispositions méritent clairement d'être corrigées. Certains aspects sont en effet susceptibles de susciter une résistance de la part des cantons notamment; n'oublions pas qu'un canton a toujours le choix d'adhérer à l'AIMP révisé ou de le rejeter. **constructionsuisse** espère vivement que la Confédération et les cantons reconnaîtront à l'avenir que leur liberté ne repose pas sur des formulations multiples pour des contenus identiques, mais réside dans le fait d'appliquer les valeurs seuils de manière conséquente.

Il serait aussi souhaitable de viser une harmonisation formelle du projet de l'AIMP avec celui de la LMP. Cela simplifierait grandement le travail des praticiens, si la numérotation des articles concordait elle aussi.

II. Principales requêtes de constructionsuisse

1. Des valeurs seuils uniformes, appliquées au maximum

A tous les niveaux, les valeurs seuils sont appliquées au maximum conformément aux dispositions du droit international. Aujourd'hui, comme les cantons ont la faculté d'abaisser les valeurs seuils des marchés non soumis aux traités internationaux (art. 12bis al. 3 AIMP), ces valeurs diffèrent parfois sensiblement entre cantons. Les valeurs seuils varient aussi fortement entre la Confédération et les cantons (y compris pour les marchés non soumis aux accords internationaux). Ces différences justifiées uniquement par notre structure fédérale n'ont aucun sens, tant en termes d'économie publique que de procédures. Elles constituent de plus un obstacle de taille à la sécurité juridique.

2. Limitation du nombre d'offres

A l'intérieur de la marge de manœuvre fixée par le législateur, les adjudicateurs appliquent de manière conséquente la procédure de gré à gré en exerçant leur pouvoir d'appréciation avisé et renoncent à une procédure d'un échelon supérieur. Lors de la procédure sur invitation, les adjudicateurs se procurent au maximum trois offres et une seule dans la procédure de gré à gré. Economiquement parlant, il est absurde dans la procédure de gré à un gré de demander un grand nombre d'offres et de les soumettre à un processus d'évaluation complexe. Dans la procédure de gré à gré, il faut décider rapidement et les coûts doivent être maintenus à un niveau bas pour toutes les parties concernées. Pour ce faire, il convient d'autoriser des négociations avec le soumissionnaire dans le cadre de la procédure de gré à gré.

3. Mise en concurrence au niveau de la prestation et non par le prix

Selon le droit en vigueur, la prise en compte d'autres critères que le prix est théoriquement incontestée et ce principe est ancré dans toutes les lois en vigueur. Mais, en réalité, souvent seul le prix est déterminant. Il importe de remédier à cet état de fait par des mesures appropriées. Il importe de n'édicter en aucun cas des dispositions susceptibles d'être utilisées par les autorités pour exercer une pression supplémentaire sur les prix, sans tenir compte de la réalité économique. Le cas des prestations intellectuelles – fournies par les architectes et les ingénieurs notamment – est particulier. Tombent également dans cette catégorie les prestations entrant en jeu dans la construction d'un ouvrage complexe, ainsi que certaines prestations de construction exigeantes qui doivent être offertes dans le cadre d'ouvrages très compliqués. La qualité de telles prestations a un effet de levier important sur la réussite et le coût total du projet global; le prix est moins important.

4. Pas de ronds de négociation

Actuellement, les négociations sur le prix sont généralement prohibées dans le droit cantonal, alors que le droit fédéral les autorise à certaines conditions. Si des négociations sur les aspects qualitatifs de la prestation sont (peuvent être) justifiées, les négociations sur le prix sont une pratique non transparente et inéquitable, qui octroie à tort la priorité au critère du prix de la prestation proposée et exclut les aspects qualitatifs dans leur intégralité. Il faut de manière générale interdire de telles négociations sur le prix.

5. Concours, dialogue et mandat d'étude

Les règles édictées par la Confédération en matière de Concours d'études et concours portant sur les études et la réalisation doivent être reconnues et adoptées dans toute la Suisse. Il y a lieu d'ancrer le dialogue au niveau de la loi et de le régler plus en détail ; dans la mesure du possible, il conviendra de se fonder sur les réglementations correspondantes des associations professionnelles – notamment en ce qui concerne le mandat d'étude en tant que forme possible du dialogue. Les instruments du concours et du dialogue revêtent une importance toute particulière pour l'adjudication de prestations intellectuelles complexes – planificateurs ou entreprise totales notamment – il importe donc de promouvoir leur application.

6. Voies de droit uniformes

Il faut harmoniser les voies de droit à l'échelle nationale, en accordant de manière générale des voies de droit dans la procédure sur invitation, en instituant des délais de recours identiques (de même que leur calcul) et en définissant les règles d'octroi de l'effet suspensif selon le modèle actuel conformément à l'art. 17 AIMP. Les voies de droit servent à titre préventif et rectificatif à combattre des procédures d'appels d'offres non conformes aux dispositions légales. C'est pourquoi elles revêtent une importance cruciale pour tout le système d'adjudication.

III. Propositions et remarques sur certaines dispositions de l'avant-projet de loi fédérale sur les marchés publics (LMP)

Art. 2 Définitions

Nous saluons la concision des définitions. Il convient toutefois de compléter la liste avec d'autres termes. Ainsi, il faut ajouter une définition sur les listes de prix indicatifs et les taux de régie indicatifs. En outre, les spécificités des prestations de services en architecture et en ingénierie («prestations de services intellectuelles») appellent des mises en concurrence spécifiques : Concours d'études et concours portant sur les études et la réalisation, mandats d'étude parallèles et appel d'offres de prestations.

Demande de complément des définitions (let. p)

Let. p: Séries de prix indicatifs et taux de régie indicatifs : tous documents établis par une association professionnelle ou interprofessionnelle ou un organisme similaire qui ont pour fonction de servir de base non liante à un devis estimatif.

Proposition Compléter les définitions (let. q à w)

Mises en concurrence destinées à l'acquisition de prestations¹; Mises en concurrence axées sur la recherche de solutions²; Prestations intellectuelles; Méthode dite à deux enveloppes (cf. SIA 144); Mandats d'étude parallèles (cf. SIA 143); Dialogue³; Concours (Concours d'études et concours portant sur les études et la réalisation).

¹ Les mises en concurrence destinées à l'acquisition de prestations visent à trouver les personnes les plus aptes à remplir une tâche clairement définie ainsi que les meilleures conditions d'exécution possibles, et à adjudger les prestations au soumissionnaire ayant présenté l'offre la mieux notée. Elles sont adaptées à des tâches ne nécessitant, pour réaliser le but de l'acquisition, aucune prestation préalable en matière de planification de la part du soumissionnaire. Les offres englobent des précisions concernant l'accès à la tâche faisant l'objet de l'appel d'offres, des informations sur le soumissionnaire ainsi qu'une offre de prix pour des services de planification.

² Les deux formes de mise en concurrence axées sur la recherche de solutions (concours et mandat d'étude parallèle) ont pour but de trouver la meilleure solution pour une tâche prédéfinie et d'attribuer le marché à son auteur. Elles sont adaptées à des tâches pour lesquelles une approche en matière de planification est indispensable et déterminante pour la réalisation du but de l'acquisition. Le concours respecte l'anonymat, tandis que le mandat d'étude admet un dialogue entre participants et comité d'évaluation. Les contributions consistent en des propositions de solutions ; en ce qui concerne les concours portant sur les études et la réalisation, elles renferment également une offre pour des prestations de construction.

³ Par dialogue, il faut entendre une communication réglée, non anonyme, orale entre le comité d'évaluation et les participants au cours du déroulement de la procédure. Le dialogue sert à clarifier les questions pouvant se poser durant le mandat d'étude et à préciser la tâche à accomplir (cf. guide de la CFSC sur les marchés publics avec dialogue).

Art. 4 Adjudicateurs

L'al. 3 stipule qu'un tiers adjudgeant un marché au nom de l'adjudicateur, est également soumis au droit des marchés publics. Cela est juste et doit être formulé encore plus clairement.

Art. 9 Types de marchés

La branche de la construction salue que la LMP (contrairement à l'AIMP) renonce à la distinction en gros œuvre et second œuvre; ces termes ne sont pas utilisés de manière cohérente et cette distinction donne lieu encore et toujours à des conflits et celle-ci n'est en fin de compte pas nécessaire.

Art. 10 Valeurs seuils

Il ne ressort clairement ni du texte de loi ni du rapport explicatif comment les valeurs seuils sont calculées lorsque l'adjudicateur adjuge plusieurs marchés (al. 3). Cela prête à confusion. Une formulation plus précise s'impose.

Art. 13 Principes régissant la procédure

Lors de la passation de marchés publics, l'adjudicateur s'engage à respecter le caractère confidentiel des indications fournies par les soumissionnaires. Cette disposition est importante et correcte, mais elle mériterait d'être précisée en matière d'ouverture des offres. La transparence de la procédure d'adjudication (let. a) ne doit pas être compromise.

Proposition Adapter la *let. d* et ajouter une *let. e (nouvelle)*

- d) il s'engage à observer le caractère confidentiel des indications fournies par les soumissionnaires.
Demeurent réservées la publication du procès-verbal d'ouverture des offres, les informations publiées après l'adjudication ainsi que les renseignements à donner en vertu du présent accord.
- e) il garantit une évaluation compétente et indépendante des offres.

Art. 15 Récusation

Cette disposition règle de manière compréhensible les critères à remplir pour une récusation (à ne pas confondre avec l'exclusion, art. 46). Les soumissionnaires ont droit à l'évaluation de leurs offres par une instance indépendante. La récusation de membres du comité d'évaluation ne doit pas être réglée par la loi. En ce qui concerne les concours, l'obligation de récusation doit incomber au participant, car la composition du jury fait partie intégrante du programme du concours et constitue donc un facteur de décision de participation ou de renonciation.

Proposition Adapter l'*al. 1* et ajouter un *al. 4 (nouveau)*

- ¹ Ne peuvent participer à la procédure de passation de marchés, du côté de l'adjudicateur ~~ou du comité d'évaluation~~, les personnes qui ...
- ⁴ Les candidats à un Concours d'études et concours portant sur les études et la réalisation (art. 24) ou à un mandat d'étude parallèle renoncent à une participation s'il existe des motifs de récusation.

Art. 16 Préimplication

Il convient de préciser l'alinéa 3, en spécifiant que les études de marché n'entraînent pas de préimplication, dans la mesure où elles sont intégrées dans les documents d'appel d'offres.

Proposition Adaptation de l'alinéa 3

- ³ Une étude de marché requise par l'adjudicateur préalablement à l'appel d'offres n'entraîne pas la préimplication des soumissionnaires mandatés, dans la mesure où les résultats de cette prospection du marché sont intégrés dans les appels d'offres.

Art. 17 Détermination de la valeur du marché

Lors de la détermination de la valeur du marché, il faut se référer aux listes de prix indicatifs et les taux de régie indicatifs.

Proposition d'adaptation de l'al. 1

- ¹ L'adjudicateur estime la valeur probable du marché. En cas de besoin, il utilise les listes de prix indicatifs et les taux de régie indicatifs selon art. 2 p.

Art. 18 Droit de regard

La branche de la construction rejette le droit de regard sur les bases de calcul des soumissionnaires, tel que le prévoit désormais la loi. Il faut laisser le soin au soumissionnaire la manière dont le calcul du prix est déterminé. Une telle procédure occasionnerait un sensible surcroît de travail administratif tant aux autorités qu'aux soumissionnaires. La possibilité de prendre une décision pour le remboursement de la rémunération versée en trop ou de la réduction de prix confère aux autorités adjudicatrices un potentiel supplémentaire de position dominante et de pression, ce qu'il convient d'empêcher. La pratique appliquée selon le droit en vigueur consistant à requérir l'accord du soumissionnaire pour la consultation des documents par les autorités est déjà choquante. Avec ce droit de regard, la possibilité de consultation convenue jusqu'ici par contrat serait imposée unilatéralement et aurait force contraignante, ce qui n'est pas une procédure loyale et relève d'un abus de marché. De plus, la proposition est insoutenable sur le plan dogmatique: dans le cadre d'une procédure de gré à gré, l'autorité est en mesure de négocier librement les honoraires avec le soumissionnaire. A l'instar de toutes les autres relations de droit privé, il est difficilement compréhensible qu'une partie (dans le cas présent l'Etat) bénéficie exclusivement en sa faveur d'un droit ultérieur de modification en relation avec le montant de la rémunération, le principe tenu en haute estime *pacta sunt servanda* n'étant par conséquent pas applicable à cette partie. Si un sujet soumis au droit civil exigeait de telles clauses contractuelles (p.ex. dans des Conditions générales, ce qui est comparable par analogie), on lui reprocherait à juste titre un comportement déloyal (cf. art. 8 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale, LCD). Les autorités soumises à la LMP sont des autorités d'adjudication „majeures“ qui ne doivent aucunement être protégées. Par conséquent, elles feraient bien de renoncer à de tels instruments déloyaux.

Proposition: art.18 à abroger sans remplacement

Art. 19 Types de procédure

Il est bon que le nombre de types de procédures autorisées soit fixé et que des formes mixtes soient prohibées. Nous demandons que la procédure soit prescrite clairement dans la loi et que les pouvoirs adjudicateurs n'aient pas le choix d'opter pour une procédure d'un rang supérieur. Les valeurs seuils internationales doivent être appliquées au maximum.

Proposition Nouvelle formulation *al. 1 et 2*

¹ ~~Les marchés sont, au choix de l'adjudicateur, en vertu de la présente loi, passés selon la procédure ouverte ou la procédure sélective, la procédure sur invitation ou la procédure de gré à gré.~~

² ~~En vertu du présent accord et suivant sa valeur, un marché peut également être passé selon la procédure sur invitation ou selon la procédure de gré à gré. Le choix de la procédure est dicté par la valeur du marché. L'adjudicateur est libre de préférer la procédure sélective à la procédure ouverte.~~

Art. 21 Procédure sélective

Proposition *al. 1 (nouveau)* (l'al. 1 devient l'al. 2, etc.) et suppression de l'al. 4

¹ ~~Le but de la procédure sélective est de limiter le nombre de candidats soumissionnaires. Ce nombre de candidats sélectionnés doit garantir une concurrence efficace.~~

⁴ ~~Il peut limiter le nombre de candidats autorisés à présenter une offre si une concurrence efficace reste garantie~~

Art. 22 Procédure sur invitation

Dans la procédure sur invitation, trois offres suffisent à garantir une concurrence. L'al. 2 est superflu. Les valeurs seuils sont indiquées à l'annexe de l'ordonnance sur les valeurs seuils.

Proposition: abroger l'al. 2 sans aucun remplacement

Proposition Adaptation *al. 5*

³ ~~Il demande si possible au moins au plus trois offres. Aucune restriction n'est applicable aux Concours d'études et concours portant sur les études et la réalisation.~~

Art. 23 Procédure de gré à gré

Il importe de bien délimiter cette procédure par rapport aux autres. Le fait d'autoriser, dans le cadre de la procédure de gré à gré, la sollicitation d'offres à des fins de comparaison rend la délimitation entre ce type de procédure et la procédure sur invitation plus difficile. Il convient donc de supprimer le droit de demander des offres à des fins de comparaison.

Proposition Adaptation de l'alinéa 1

... Il peut ~~demande des offres à des fins de comparaison~~ et procéder à des négociations.

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

Le texte de loi doit spécifier dans le cadre des marchés publics la fonction des Concours d'étude et des concours portant sur l'étude et la réalisation. Le texte de loi stipule que l'adjudicateur peut faire référence à des dispositions d'associations professionnelles en la matière. Cela devrait être la règle. Il importe de le spécifier dans le texte de loi. Il y a lieu de recommander de manière explicite l'application des dispositions des associations professionnelles au moins dans le rapport explicatif. En outre, le mandat d'étude doit figurer dans la législation.

Proposition Nouvelle formulation

¹ Pour l'acquisition de prestations de projet où l'adjudication sera attribuée au meilleur des projets soumis, l'adjudicateur organisera un concours d'étude.

² Pour l'acquisition de prestations de projet et de la réalisation où l'adjudication est attribuée au meilleur des projets soumis, couplée avec une offre financière avantageuse, l'adjudicateur organisera un concours portant sur les études et la réalisation.

³ L'adjudicateur qui organise un Concours d'études ou un concours portant sur les études et la réalisation définit la procédure au cas par cas, dans le respect des principes énoncés dans le présent accord. En règle générale, l'adjudicateur applique les dispositions des associations professionnelles s'y rapportant.

Art. 25 Enchères électroniques

En règle générale, il convient de renoncer aux enchères électroniques pour des prestations dans le secteur de la construction. Il y a lieu de garantir que les enchères électroniques n'interviennent que pour des biens standardisés.

Art. 26 Négociations

Les négociations doivent être autorisées uniquement dans le cadre d'ajustements techniques. La prise en compte de la rémunération comme objet de négociation ouvre grand la voie au déroulement de rounds de négociations. Le secteur de la construction rejette fermement toute négociation portant exclusivement sur le prix. En effet, les rounds de négociations mènent en fin de compte à une concurrence ruineuse pour les soumissionnaires. Il convient donc de supprimer la rémunération comme critère de négociation.

Proposition Adapter l'alinéa 1 et ajouter un alinéa 1^{bis} (nouveau)

¹ L'adjudicateur peut ... les modalités de leur exécution ~~et la rémunération~~, si l'appel d'offres le prévoit...

^{1bis} Le prix en tant qu'objet de négociation est exclu.

Art. 28 Dialogue

Le fait que le dialogue soit réglé dans un article qui lui est dédié est, en soi, positif. Il convient de préciser ce que signifie exactement une prestation *innovante*; il faut plutôt parler de prestation *intellectuelle*. De plus, pour des raisons techniques et pour des questions de temps, il n'est pas possible de mener un dialogue dans le cadre d'une procédure ouverte. En ce qui concerne l'indemnisation pour la participation au dialogue, ce qui importe n'est pas tant de savoir si elle aura lieu ou pas, mais dans quelle mesure.

Proposition Adaptation al. 1

¹ Pour des contrats complexes ainsi que pour l'acquisition de prestations innovantes, l'adjudicateur peut, dans le cadre d'une procédure ~~ouverte ou~~ sélective, engager un dialogue avec les soumissionnaires.

Cette possibilité doit être mentionnée dans l'appel d'offres.

Proposition Adaptation *al. 2*

² L'adjudicateur spécifie ses besoins et ses exigences dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres, en faisant en règle générale référence aux dispositions des associations professionnelles en la matière. Il indique en outre :

- b) ~~si et, le cas échéant,~~ comment la participation des soumissionnaires au dialogue et l'utilisation de leurs droits de propriété intellectuelle, de leurs connaissances et de leurs expériences, seront indemnisées, et

Art. 29 Contrats cadres

L'instrument des contrats cadres est salué et il convient de l'encourager. Cet instrument est judicieux lorsqu'il s'agit d'adjuger une série de marchés subséquents (en général de moindre ampleur) et que le pouvoir adjudicateur vise, dans l'intérêt de toutes les parties concernées, un déroulement efficace. Les contrats cadres doivent certes servir l'efficacité, mais ne pas entraîner une surcharge de travail inutile. Lorsque des contrats cadres sont passés avec plusieurs soumissionnaires (al. 4), l'attribution des marchés subséquents doit se faire de manière simple et pragmatique. Le recours à des procédures complexes impliquant un nouvel examen des critères d'aptitude et la présentation de preuves de qualité (analyse du marché p. ex.) pour des petits appels d'offres («mini tenders») est contraire au système et doit être rejeté.

Proposition Adaptation de l'*al. 4*

- b) il leur fixe un délai convenable pour la remise d'offres sommaires pour chaque marché subséquent;

Art. 30 Conditions de participation

Les conditions générales de participation ne sont pas définies – de manière exhaustive – dans le projet à l'*al. 1*. Une liste non exhaustive de principes est inhabituelle et suggère que les pouvoirs publics sont susceptibles de fixer des principes supplémentaires. Cette façon de procéder n'est convaincante ni sur le plan pratique ni au niveau législatif. L'*al. 2* octroie à l'adjudicateur la compétence d'exiger du soumissionnaire une auto déclaration ou son inscription sur une liste. Nous souscrivons à cette solution ; les cantons doivent pouvoir tenir des listes de soumissionnaires qualifiés ou disposer d'un système analogue. Toutefois, il y a lieu de préciser que la seule façon d'interpréter cette «inscription sur une liste» est que cette dernière soit tenue par les pouvoirs publics ou qu'il s'agisse d'une liste gérée par les partenaires sociaux dans le cadre d'une convention collective autorisée par les autorités compétentes en matière de déclaration d'application générale. C'est la seule façon de garantir que ces listes rempliront effectivement leur fonction de preuve.

Art. 31 Critères d'aptitude

La formulation satisfait aux exigences courantes. A saluer la disposition à l'*al. 4*, qui spécifie que l'adjudicateur ne peut poser comme condition que le soumissionnaire ait déjà obtenu un ou plusieurs marchés d'un adjudicateur soumis au présent accord. Il convient de spécifier par ailleurs que le soumissionnaire n'est pas obligé d'assurer au moins 50 % de l'exécution du marché adjugé. Que faut-il entendre exactement par critères d'aptitude concernant les capacités financières? Récemment, on a trouvé dans des appels d'offres des appellations du style « adéquation entre le volume annuel des marchés et le chiffre d'affaires moyen » ou «Le chiffre d'affaires annuel est deux fois plus élevé que le chiffre d'affaires annuel de l'adjudicateur». De tels chiffres impliquant des recherches dans le passé ne sont pas adaptés pour documenter une aptitude d'ordre financier. En outre, cela rend l'accès au marché pour de jeunes entreprises ou des PME plus difficile, voire impossible. Nous sommes en présence d'une violation du principe d'égalité de traitement.

Proposition Adaptation *al. 2 et 4*

² Il importe de définir clairement la capacité financière ou de la supprimer en tant que critère.

⁴ Il ne peut poser comme condition que le soumissionnaire ait déjà obtenu un ou plusieurs marchés d'un adjudicateur soumis au présent accord ou qu'il assure lui-même une part minimale de l'exécution du marché adjugé.

Art. 33 Critères d'adjudication

En ce qui concerne les critères d'adjudication, il convient de prendre en considération l'«expérience» (à l'instar des critères d'aptitude). Les expériences réalisées par un soumissionnaire dans un projet simi-

laire représentent un gage de qualité important d'une prestation. Remarque conc. l'al. 2: la prise en compte des places de formation a été décidée récemment par les chambres fédérales. Il n'est pas question de revenir sur ce point. De manière générale, il convient de faire preuve d'une grande retenue vis-à-vis de critères sans rapport avec les marchés publics. Doit demeurer réservée la prise en compte des transports et des voies d'accès, eu égard aux critères environnementaux (développement durable). En matière de pondération des critères d'adjudication, en ce qui concerne le prix de la prestation il convient en règle générale de tenir compte de la complexité de l'objet du marché. Pour les projets de construction, la pondération du prix ne devrait pas dépasser 50 % (projets non complexes). Pour des prestations standardisées, le prix peut constituer le critère unique. Dans le cas de projets complexes ou lors de l'acquisition de prestations innovantes et de nature intellectuelle, il est possible de renoncer entièrement au prix comme critère d'adjudication.

Proposition Adaptation *al. 1* et ajouter *al. 4 (nouveau)*

¹ L'adjudicateur évalue les offres sur la base de critères d'adjudication en lien avec les prestations. ~~Outre le prix de la prestation.~~ L'adjudicateur ~~peut~~ prend notamment ~~prendre~~ en considération des critères tels que le prix d'une prestation, la qualité, ... les compétences techniques, l'expérience et l'efficacité de la méthode.

⁴ Lors de la pondération des critères d'adjudication, il convient en règle générale de fixer le prix de la prestation en fonction de la complexité de l'objet du marché. Pour des prestations largement standardisées, le prix peut constituer le seul critère à prendre en compte. Dans le cas de marchés complexes ou concernant des prestations intellectuelles et innovantes, il est possible de renoncer complètement au prix de la prestation comme critère d'adjudication.

Art. 36 Lots et prestations partielles

Proposition Compléter les al. 2 et 5

² L'adjudicateur peut diviser l'objet du marché en plusieurs lots et adjuger ceux-ci à un ou plusieurs soumissionnaires. Les lots doivent être connus lors du lancement de l'appel d'offres.

⁵ Il peut se réserver le droit d'adjuger des prestations partielles dans l'appel d'offres. Il importe de spécifier clairement la possibilité d'un prix plus élevé (et son ampleur) pour une prestation partielle.

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

Proposition Adapter la let. *d* (cf. plus haut art. 31)

d) les critères d'adjudication et, le cas échéant, leur pondération;

Art. 41 Ouverture des offres

Les entreprises doivent être immédiatement informées de leurs chances de se voir attribuer un marché afin de pouvoir participer éventuellement à d'autres appels d'offres. Il n'y a pas de raisons plausibles justifiant d'attendre des jours, voire des semaines, avant d'ouvrir les offres. Le secteur de la construction demande par ailleurs que la Confédération et les cantons réagissent aux requêtes justifiées des entreprises soumettant une offre et leur communiquent rapidement le résultat de l'ouverture des offres. En présentant une offre, une entreprise s'engage pour la phase de passation du marché. En d'autres termes, cela implique de bloquer des ressources importantes, parfois existentielles. Il est donc crucial pour un soumissionnaire de savoir le plus tôt possible s'il a de bonnes chances de se voir adjuger le marché. **Il faut au moins choisir la formulation de l'art. 39 al. 3 P-AIMP**, mais celle-ci ne constitue que le standard GATT et elle n'est pas assez précise selon les soumissionnaires.

Nouvel *al. 3 (nouveau)* et ajouter un *al. 4 (nouveau)*

³ Les offres soumises sont ouvertes dans un délai de dix jours à compter de la date limite de présentation de l'offre. Chaque soumissionnaire reçoit dans les deux jours qui suivent l'ouverture des offres le procès-verbal sous forme électronique, par voie postale ou par fax. L'ouverture des offres peut avoir lieu à huis clos ou être publique.

⁴ En ce qui concerne le déroulement de la méthode dite à deux enveloppes, il est possible de prévoir de n'ouvrir que les offres qualitatives lors de l'ouverture des offres.

Art. 42 Examen et évaluation des offres

Il y a lieu d'ajouter une condition préalable à une rectification des offres par l'adjudicateur (al. 2) : une offre doit paraître anormalement basse par rapport au prix auquel on peut s'attendre objectivement. Il convient donc de supprimer l'al. 3 de l'art. 40. Si l'art. 40 al. 2 n'est pas complété conformément à notre proposition, nous proposons *éventuellement* de reformuler l'al. 3 de manière à le rendre plus contraignant. L'al. 5 doit lui aussi être supprimé: certes, lors de marchés complexes impliquant toute une série de spécifications techniques et de critères d'adjudication, l'examen des offres exige une charge de travail substantielle ; mais cela n'est pas une raison pour soumettre uniquement les trois offres les mieux placées à un examen plus approfondi (dans les conditions citées) et écarter les autres. Lors d'un appel d'offres public, tous les soumissionnaires ont le droit de soumettre une offre qui devra être dûment examinée. C'est le propre d'un appel d'offres public. Sinon, il faut que le pouvoir adjudicateur choisisse une procédure sélective. Les soumissionnaires doivent avoir droit à ce que leur offre soit effectivement examinée et évaluée.

Proposition Adapter l'al. 2, supprimer les al. 3 et 5, ajouter un al. 6 (*nouveau*)

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

³ Supprimer. Eventuellement (si l'al. 2 n'est pas complété conformément à notre proposition):

L'adjudicateur qui reçoit une offre dont le prix est anormalement bas par rapport ~~aux prix des autres offres au prix objectivement attendu~~ peut demande des renseignements utiles au soumissionnaire afin...

⁵ Supprimer.

⁶ Pour des prestations intellectuelles, l'adjudicateur peut utiliser la méthode dite à deux enveloppes.

Art. 43 Adjudication

Il convient de choisir une autre expression pour «l'offre économiquement la plus avantageuse». Il devrait plutôt être question de l'offre *la plus avantageuse* (meilleur rapport prix et qualité). L'expression «l'offre économiquement la plus avantageuse» est en fait un rendu imprécis de l'expression «most advantageous offer» extraite de l'Accord GATT/OMC. Les traductions GATT/OMC sont déterminantes. Il y a lieu de supprimer l'al. 2, en adéquation avec notre proposition relative à l'art. 33 al. 4, puisque ce point est à régler à l'art. 33.

Proposition Adapter l'al. 1 et supprimer l'al. 2

¹ Le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse.

² Supprimer (nouveau à l'art. 33 al. 4).

Art. 45 Interruption de la procédure d'adjudication

Lorsque l'interruption de la procédure d'adjudication est motivée par la zone de risque de l'adjudicateur, conformément au droit général des contrats, elle doit entraîner une indemnisation des soumissionnaires (intérêt négatif).

Proposition Adapter l'al. 2

² En cas d'interruption de la procédure telle que visée à l'alinéa 1 let. b, d et e, les soumissionnaires n'ont pas droit à une indemnisation. Dans les autres cas, ils peuvent prétendre au remboursement des frais de participation à la procédure.

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

L'élément mentionné à l'art. 46 let. m prévoit une trop grande marge d'appréciation et n'est pas défini. Nous demandons d'abroger sans remplacement aucun la let. m de l'art. 46.

construction suisse rejette le droit de regard prévu à l'art. 18. Par conséquent, il faut aussi abroger l'art. 46 let. q.

Art. 47 Sanctions

construction suisse juge utile que des sanctions financières soient introduites dans un but de dissuasion des entreprises indélicates qui ne respectent pas les dispositions relatives à la protection des travailleurs, ainsi que les conditions minimales de travail et de salaire. Ces sanctions pourraient faire l'objet de peines conventionnelles que l'adjudicateur serait libre ou non de prévoir dans le contrat.

Art. 48 Délais

Proposition Ajouter un *al. 5 (nouveau)*

⁵ L'ouverture des offres a lieu dans les dix jours qui suivent le délai de remise.

Art. 50 Publications

Nous approuvons explicitement le libellé de l'al. 2 selon lequel les appels d'offres et les adjudications doivent être publiés au moins dans la langue officielle du lieu où est prévue la construction. En effet, il est judicieux et loyal que les procédures se déroulent toutes dans la langue officielle du lieu où est prévue la construction.

Art. 51 Conservation des documents

Faire courir le délai à compter de la date de l'adjudication n'est pas approprié. C'est le décompte final qui devrait être déterminant. Une commission d'enquête parlementaire p. ex. doit avoir la possibilité de consulter tous les dossiers utiles en relation avec une enquête donnée.

Proposition Adapter *l'al. 1*

¹ Sous réserve d'autres dispositions, les adjudicateurs conservent tous les documents en lien avec une procédure d'adjudication pendant trois ans à compter ~~de l'adjudication~~ du décompte final.

Art. 53 Notification de décisions

L'adjudication doit être motivée sommairement, conformément à *l'al. 2*. En aucun cas, le simple fait de mentionner que le marché a été adjugé à l'offre «la plus économiquement avantageuse» (ou conformément à notre proposition «la plus avantageuse») n'est suffisant. Nous nous félicitons vivement de cette disposition.

Art. 54 Recours

Du point de vue de la légalité constitutionnelle, une telle restriction des voies de droit est inacceptable. Il importe de supprimer la valeur du marché comme condition préalable au dépôt d'un recours.

A notre avis, l'al. 4 est critique et problématique sur le plan dogmatique. Une utilité réelle de cette nouvelle procédure n'est pas reconnaissable. Il faudrait pour le moins également insérer dans la loi les dispositions détaillées du chapitre 7 de l'avant-projet de l'OMP.

Proposition Adapter *l'al 1*

¹ Les décisions de l'adjudicateur peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral ~~lorsque la valeur du marché atteint 150'000 francs.~~

Art. 55 Objet du recours

L'al. 1 let. h est à abroger sans remplacement par analogie à notre proposition de suppression de l'art. 18.

Proposition Supprimer *l'al. 4* (cf. notre proposition relative à l'art. 54 al. 1).

Art. 56 Effet suspensif

Le recours n'a pas d'effet suspensif. Le recourant peut, en plus, déposer auprès de l'instance compétente une demande d'octroi d'effet suspensif. Nous saluons vivement cette façon de procéder.

Art. 58 Délai et motifs de recours

Il importe d'allonger le délai de recours à 30 jours. Et ce, par souci d'harmonisation avec d'autres délais en vigueur en droit administratif.

Proposition Adaptation de l'alinéa 1

¹ Les recours, ... doivent être déposés ... dans un délai de ~~vingt~~ trente jours.

Art. 60 Décision sur recours

Proposition Ajouter un *al. 5 (nouveau)*

⁵ Les dispositions conformes aux règlements SIA 142 ou SIA 143 sont applicables aux mises en concurrence orientées vers la recherche de solutions.

IV Propositions concernant les dispositions dans l'avant-projet à l'ordonnance sur les marchés publics (OMP)

Art. 3 Développement durable

En principe, la branche de la construction salue la prise en considération du développement durable. Cependant, le critère d'adjudication Développement durable doit être précisé dans le cadre d'un appel d'offres. Cela doit être indiqué sous la rubrique Matériaux.

Art. 13 Droit de regard

Il faut abroger cet article en lien avec l'art. 18 du projet LMP.

Proposition: abrogation

Art. 14 Vérification du prix

Il faut abroger cet article en lien avec l'art. 18 du projet LMP.

Proposition: abrogation

Art. 15 Procédure sélective

Proposition de modification: indiquer sélectionner au lieu d'inviter, car le verbe inviter se réfère à la procédure sur invitation.

„L'adjudicateur doit sélectionner si possible au moins trois soumissionnaires à présenter une offre.“

Art. 16 Procédure sur invitation

Selon alinéa 2, au moins l'un des trois soumissionnaires invités à présenter une offre doit provenir d'une région économique et si possible d'une région linguistique différente de la région économique et linguistique dans laquelle l'adjudicateur a son siège. Une telle procédure accroîtrait inutilement les travaux administratifs et ne serait guère praticable.

Proposition: abroger l'al. 2 sans aucun remplacement

Art. 24 Dialogue

La disposition de l'al. 1 selon laquelle l'adjudicateur choisit les soumissionnaires qu'il veut inviter à un dialogue n'est applicable que de manière conditionnelle, c.-à-d. dans la procédure sur invitation. Si la somme du mandat est supérieure aux valeurs seuils correspondantes, il faut opter pour la procédure sélective.

A l'alinéa 4, il faut abroger sans remplacement aucun la phrase „L'adjudicataire n'a droit à aucune indemnité“. Si les charges sont indemnisées, il faut aussi indemniser l'adjudicataire en conséquence, car c'est la somme de tous les projets qui permet à l'adjudicateur d'opérer un choix. A l'instar des autres soumissionnaires, l'adjudicataire doit verser les charges supplémentaires à indemniser. Le mandat octroyé n'est pas „une récompense“.

Proposition d'abrogation à l'al. 4

⁴ „... ~~L'adjudicataire n'a droit à aucune indemnité.~~“

Art. 28 Délais de paiement

Nous approuvons cet article de manière explicite. Compte tenu de son importance, il devrait faire partie de la loi au lieu de l'ordonnance.

Proposition: insérer l'article 28 dans la loi

Art. 30 Droits de propriété intellectuelle

Les droits de propriété intellectuelle ne peuvent être transférés à l'adjudicateur simplement par indication dans les documents d'appel d'offres ainsi que le prévoit l'al. 2. Une telle pratique violerait le principe de bonne foi. Un transfert de ces droits présuppose l'accord de l'auteur et doit être indemnisé en conséquence. Cette disposition est également en contradiction avec l'art. 48 Droits d'auteur dans les Concours d'études et les concours portant sur les études et la réalisation.

Proposition: abroger l'al. 2

Proposition de modification de l'al. 3

³ Les droits de propriété intellectuelle qui naissent de l'exécution d'un marché public d'un contrat sont en principe transférés à l'adjudicateur.

Art. 31 Liste des soumissionnaires sanctionnés

L'art. 47 de l'avant-projet LMP constitue la base légale pour une telle liste. Cette „liste noire“ ne doit être publique. Exclure un adjudicateur d'adjudications futures représente une lourde sanction. Cela soulève d'importants doutes au niveau de l'Etat de droit. Plusieurs questions essentielles demeurent ouvertes: qui a le droit d'accès à cette liste? Quels sont les critères exacts de délimitation? Comment est garantie une application uniforme par les autorités fédérales et cantonales ainsi que par des entreprises publiques soumises à l'appel d'offres? Qu'en est-il des mandats auxquels participent des cantons et des communes ou des Etats tiers? De quels droits jouit l'entreprise concernée? Comment combattre un risque de contournement, p.ex. lorsque l'entreprise ayant violé les règles veut échapper à la sanction en fondant une nouvelle société? A cet égard, le rapport explicatif ne nous fournit guère d'indications. La disposition dans la loi et l'ordonnance est formulée de manière trop ouverte pour une sanction si grave

et laisse une marge de manœuvre trop grande à l'autorité compétente pour fixer une peine si lourde même dans des violations de peu d'importance. Une telle procédure n'est pas conciliable avec le principe de la proportionnalité.

6e chapitre: Concours d'études et concours portant sur les études et la réalisation

En principe, nous approuvons ce chapitre. Il faudrait conférer encore davantage de force contraignante à ce chapitre, raison pour laquelle nous suggérons d'insérer ce chapitre dans la loi et non pas dans l'ordonnance.

Art. 34 Objectif

Nous approuvons de manière explicite l'alinéa 2, car les dispositions dudit alinéa permettent d'éliminer de nombreuses contradictions et de points flous.

Art. 41 Encouragement de la relève

Nous approuvons expressément cet article et nous appuyons sa mise en œuvre.

Art. 44 Jury

Il est important que le jury se compose de juges spécialisés lorsqu'il en va d'une évaluation. Si l'on fait appel à des spécialistes issus d'un seul domaine déterminant, cela ne s'avère souvent pas suffisant. Il faut bien au contraire pouvoir s'appuyer sur des juges spécialisés de divers domaines pour évaluer objectivement la prestation de chaque orientation.

Proposition de modification Al. 1 let. a:

¹ a. de spécialistes qualifiés ~~dans au moins un~~ des domaines déterminants concernés par le concours (juges spécialisés);

Art. 46 Classement et prix

consructionsuisse approuve la disposition à l'al. 2 pour l'acquisition des projets qui ne respectent pas des points essentiels des dispositions du programme. Contrairement à l'al. 2 let. a, le règlement SIA 142 ne prévoit pas l'approbation à l'unanimité du jury ; selon le règlement SIA, une approbation des $\frac{3}{4}$ des membres du jury avec droit de vote et l'accord de tous les représentants de l'adjudicateur suffisent.

Art. 49 Droits en matière de concours

Cet article est en contradiction en plusieurs points avec le Règlement des concours d'architecture et d'ingénierie (SIA 142). Cela vaut pour les cas dans lesquels une indemnisation doit être versée et pour le montant des indemnisations. Ainsi, le gagnant d'un concours d'idées a droit à une indemnisation. En cas de réduction du volume du mandat, le gagnant est indemnisé de même que lors de l'abandon de la réalisation. Il faut reformuler l'article en conséquence.

En outre, il faut apporter des corrections concernant les termes choisis à l'al. 1 let. b et let c:

1 b. le lauréat d'un concours de projets a, en règle générale, le droit de se voir adjuger ~~un marché d'étude supplémentaire~~ un mandat de planification

¹ c. d'un concours portant sur les études et la réalisation se voit, en règle générale, adjuger le marché pour la planification et la réalisation.

Proposition: ajouter un nouveau chapitre

Chapitre Mandats d'études parallèles d'architecture et d'ingénierie (nouveau)

Après le chapitre 6 Concours d'études et concours portant sur les études et la réalisation, nous suggérons d'élaborer un nouveau chapitre sur les mandats d'études parallèles d'architecte et d'ingénierie. En contrepartie, on peut renoncer à l'art. 24 Dialogue.

Les mandats d'études parallèles représentent une forme de marché particulière pour les prestations d'architecture et d'ingénierie, comme c'est le cas pour des prestations de professions apparentées, telles que l'aménagement du territoire, l'urbanisme et l'architecture du paysage. Ils sont effectués sur la base de projets de solution non anonymes, développés dans le cadre d'un dialogue direct entre les intervenants et l'organe d'évaluation. Ces mandats englobent des études de planification ou de prestations globales. Les mandats d'études parallèles se prêtent à l'élaboration de solutions de tâches complexes dont les conditions ne peuvent être déterminées à l'avance de manière suffisante et définitive. Le dialogue direct pendant la réalisation du mandat d'étude parallèle permet de préciser les dispositions du programme de manière interactive et flexible, puis de les compléter dans le but de trouver des solutions répondant de façon optimale aux exigences conceptuelles, créatives, sociales, écologiques, économiques ou techniques.

Demande:

Insérer un nouveau chapitre Mandats d'études parallèles d'architecture et d'ingénierie avec des articles portant sur les points suivants: but, lien avec les dispositions sur la concurrence au niveau du droit des associations, types de mandats d'études, procédures à appliquer, diffusion, appel d'offres, encouragement de la relève, organe d'évaluation, tâches de l'organe d'évaluation et recommandation, droit d'auteur, modalités relatives à l'indemnisation, publication.

Chapitre 7: Procédure simple et rapide

Compte tenu de son importance, ce chapitre devrait être intégré non pas à l'échelon de la loi, mais à l'échelon de l'ordonnance.

En vous remerciant de bien vouloir prendre en compte nos requêtes, nous vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, Mesdames, Messieurs, notre considération distinguée.

construction suisse



CN Hans Killer
Président



Benjamin Wittwer
Directeur

Envoi sous forme électronique (direktion@bbl.admin.ch)