

Office fédéral des constructions et de la logistique
Secrétariat de la Commission des achats
de la Confédération
Holzikofenweg 36
3003 Berne

Zurich, le 8 septembre 2008

Procédure de consultation sur le projet de loi fédérale sur les marchés publics (LMP)

Monsieur le Directeur,
Mesdames, Messieurs,

La Fédération Infra est l'organisation des constructeurs suisses d'infrastructure. Elle représente les intérêts de quelque 250 entreprises de construction travaillant principalement pour des maîtres d'ouvrage publics. De ce fait, la conception des marchés publics est d'une importance décisive pour la Fédération Infra et ses membres. Nous profitons de l'occasion donnée pour nous exprimer sur la révision totale proposée de la loi fédérale sur les marchés publics.

1. Remarques générales

Permettez-nous tout d'abord de formuler quatre remarques fondamentales sur l'avant-projet de LMP, respectivement sur le rapport explicatif.

1. Objectifs du droit des adjudications

Comme le montre l'ouvrage récemment paru intitulé «Ziele und Instrumente des Vergaberechts» de Martin Beyeler (2008), le **droit moderne des adjudications est fondé sur cinq principes de base: efficience, transparence, égalité de traitement, concurrence et protection juridique efficiente.**¹ Selon Beyeler (2008), ces principes ont également guidé la jurisprudence par le passé.

La Fédération Infra prend explicitement fait et cause à ces cinq principes de base du droit des adjudications et en exige le respect par tous les adjudicateurs publics. La révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics offre la chance d'adapter les textes légaux en vigueur afin que l'on tienne compte de manière équilibrée à l'avenir de l'ensemble des principes évoqués plus haut.

2. Harmonisation des marchés publics

Ces dernières années, la Confédération s'est par conséquent efforcée (également en intégrant en partie les cantons) d'harmoniser le droit des acquisitions à tous les trois niveaux fédéraux (Confédération, cantons et communes). Nous avons acquis l'impression que la Confédération voulait avant tout inciter les cantons à adapter leurs dispositions aux siennes. Du fait de la résistance attendue des cantons, ce propos a abouti non pas à une harmonisation complète, mais plutôt à la présente solution d'une «uniformisation partielle». Bien que l'application de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP, resp. AIMPrév) soit moins problématique sur certains points notamment pour le secteur de la construction, les dispositions éprouvées de l'AIMP (par exemple en matière de procédure) n'ont pas été intégrées dans la législation fédérale proposée. Dans le remaniement de l'avant-projet après la rentrée des réponses à la procédure de consultation, nous accueillerions favorablement la reprise des articles de l'AIMP ayant fait leurs preuves dans la pratique dans les points contestés de la LMP.

3. Position dominante de maîtres d'ouvrage publics

Ces derniers temps, nous avons malheureusement dû constater à plusieurs reprises que certains maîtres d'ouvrage publics abusent de leur pouvoir de demande. C'est ainsi que des dispositions relevant du contrat d'entreprise sont prescrites dans les soumissions ou imposées aux soumissionnaires durant les négociations d'offres, que ces derniers ne pourraient

¹ Martin Beyeler: Ziele und Instrumente des Vergaberechts - Die Vergabeprinzipien und ihre Konkretisierung in der Rechtsprechung der Eidgenössischen Rekurskommission, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2008

jamais accepter dans des conditions concurrentielles normales. Nous ne pouvons malheureusement pas partager l'opinion exprimée en page 63 du rapport explicatif, constatant que la loi sur les cartels révisée au 1^{er} avril 2004 garantit une protection suffisante contre l'abus du pouvoir de demande. Bien que l'art. 2, al. 1bis de la loi sur les cartels soumette également l'État et ses unités administratives, nous n'avons jusqu'ici pas pu constater d'effet correspondant sur le comportement des services publics d'acquisition. Nous vous prions par conséquent de veiller dans la révision totale de la LMP que l'abus de pouvoir par les services en question soit jugulé et qu'une collaboration équitable puisse être instaurée entre les parties contractantes.

4. Révision de l'ordonnance sur les marchés publics (OMP)

Nous regrettons que le texte de l'ordonnance révisée sur les marchés publics (OMP) n'ait pas fait l'objet de la procédure de consultation en même temps que l'avant-projet de LMP révisée. Ce point est d'autant plus étonnant que l'avant-projet provisoire de cette ordonnance existe déjà selon le rapport explicatif en page 23 et qu'il est d'une importance primordiale dans la mise en œuvre pratique de la LMP.

2. Prises de position sur des dispositions choisies

Nous signalons ici que nous ne prenons position ci-après que sur les articles faisant l'objet de remarques ou de propositions de corrections de notre part. Nous sommes d'accord en principe avec les articles qui ne sont pas mentionnés dans la présente prise de position ou qui n'ont qu'une importance secondaire pour nos entreprises membres.

Art. 1 Objet

La présente loi:

- a. règle la procédure de passation des marchés publics de la Confédération;*
- b. unifie en partie le droit des marchés publics de la Confédération et celui des cantons.*

Prise de position

La Fédération Infra soutient les efforts de la Confédération d'harmoniser le droit des adjudications sur le plan national à tous les trois niveaux fédéraux (Confédération, cantons et communes). L'uniformisation partielle proposée, accordant toujours aux cantons une certaine marge de manœuvre, est en principe une démarche importante dans la bonne direction. Nous sommes actuellement plutôt sceptiques s'agissant d'une trop forte réduction de compétences des cantons, d'autant plus que le mécanisme de régulation de l'AIMP est équilibré et qu'il rencontre une grande acceptation aussi bien par les entreprises que les adjudicateurs.

Art. 3 Marché public

¹ *La présente loi s'applique à l'achat des prestations nécessaires à l'accomplissement des tâches publiques de l'adjudicateur. Sont réputés prestations les biens et les services, y compris les ouvrages et les travaux de construction.*

² *Elle ne s'applique pas:*

- a. ...*
- b. aux prestations exécutées par un adjudicateur en interne ou par des adjudicateurs distincts dotés de la personnalité juridique; les adjudicateurs participant en tant que soumissionnaires aux appels d'offres publics d'autres adjudicateurs sont soumis à la loi;*
- c. ...*

Prise de position

L'art. 3, alinéa 2, let. b est à compléter pour la raison suivante: lorsqu'un office interne à l'administration ou une entreprise en propriété majoritaire de la Confédération est soumissionnaire lors d'un appel d'offres public, ceux-ci sont également à soumettre à la LMP. Il convient de prévenir le privilège de tels intervenants par rapport aux cosoumissionnaires, par exemple par le fait qu'ils présentent des structures de coûts plus bas grâce aux subventions croisées d'autres domaines d'activité et qu'ils sont ainsi en mesure de réaliser un avantage concurrentiel (injustifié) (par exemple les CFF dans les travaux de construction de la voie). De plus, une collectivité publique ou un adjudicateur autonome contrôlé par la collectivité publique ne doit pouvoir proposer des prestations sans appel d'offres que s'il s'agit de pres-

tations relevant du domaine souverain de tâches dudit adjudicateur. Le Tiefbauamt de la ville de Zurich, p. ex. ne devrait pas pouvoir exécuter sans appel d'offres des réparations de routes pour le compte du Tiefbauamt du canton de Zurich.

Art. 6 Droit cantonal

¹ *Les cantons peuvent édicter leurs propres dispositions si la présente loi le prévoit. Sont notamment visés:*

- a. l'abaissement des seuils (art. 15, al. 2);*
- b. les normes régissant l'adjudication (art. 39, al. 2 à 5, et 40);*
- c. l'exclusion ou la limitation et l'organisation de certains éléments particuliers de la procédure d'appel d'offres (art. 44 à 49);*
- d. les normes régissant la procédure invitant à soumissionner (art. 58 et 59).*

² *Ils garantissent, pour les marchés dans leur domaine de compétence, des voies de droit conformes aux exigences des accords internationaux.*

³ *Les cantons peuvent harmoniser les prescriptions cantonales en appliquant des principes déterminés en commun et en concordance avec les engagements internationaux de la Suisse.*

⁴ *Les cantons et la Confédération s'informent en temps utile et de façon exhaustive des modifications prévues de leurs dispositions. Ils participent mutuellement à leurs travaux préparatoires.*

Prise de position

L'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) a permis ces dernières années d'harmoniser les modes cantonaux de passation des marchés dans leurs éléments essentiels. L'introduction de l'art. 6, al. 3 prévient l'abolition des AIMP existants et que les cantons appliquent de nouveau 26 dispositions autonomes. Il convient par conséquent de ne pas abolir l'AIMP, mais de le reconduire intégralement pour les cantons et de l'adapter aux dispositions révisées de la LMP.

Art. 15 Seuils

¹ La procédure applicable à un marché particulier se détermine en fonction du tableau suivant, sous réserve des art. 58 à 67:

	Adjudicateur au sens de l'art. 4, al. 1, let. a	Adjudicateur au sens de l'art. 4, al. 1, let. b
Biens
Services
Ouvrages et travaux de construction	au-dessous de 150 000 CHF : procédure de gré à gré	
	à partir de 150 000 CHF: procédure invitant à soumissionner	
	à partir de 10 000 000 8-000-000 CHF pour les ouvrages et de 2 000 000 CHF pour les travaux de construction: procédure d'appel d'offres	

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

³ L'adjudicateur peut choisir une procédure particulière pour un marché dont la valeur est inférieure au seuil de cette procédure.

⁴ ...

Prise de position

Les seuils pour ouvrages s'élèvent actuellement selon l'AMP et l'accord bilatéral liant les autorités et unités administratives à 5 millions de droits de tirage spéciaux (DTS), respectivement à 9.575 mio CHF, mais seulement à 8 mio CHF pour des secteurs déterminés (p. ex. la voie). Une harmonisation des valeurs seuils est à rechercher en principe. Nous sommes toutefois clairement d'avis que les possibilités de l'AMP et de l'accord bilatéral doivent être pleinement exploitées et que les valeurs seuils pour tous les ouvrages sont à fixer à 5 mio DTS. Ceci correspond aussi aux seuils engageant les cantons (voir l'annexe 1 de l'AIMPrév) et représente une adhésion claire au principe d'harmonisation des marchés publics. Nous rejetons systématiquement le négoce et les contre-affaires entre les différentes acquisitions (p. ex. prestations versus ouvrages de construction).

Art. 19 Documents d'appel d'offres

¹ L'adjudicateur décrit en détail dans les documents d'appel d'offres:

- a. les exigences relatives à la prestation à acheter;
- b. les critères de qualification et d'adjudication (les critères d'évaluation)
- c. les éléments de coût à prendre en compte dans le prix de l'offre;
- d. les conditions de paiement y compris les délais de paiement
- e. le déroulement prévu de la procédure;
- f. la période pendant laquelle l'offre lie les soumissionnaires.

² Il rend les documents d'appel d'offres accessibles ...

³ Il remet les documents d'appel d'offres aux soumissionnaires qui le demandent.

Prise de position

L'expérience le démontre: les différents adjudicateurs mettant en soumission font une différence trop peu précise entre les critères de qualification et d'adjudication. En précisant l'art. 19, al. 1, let. b en complément aux données minimales de d'appel d'offres dans l'annexe 1, il est possible d'obtenir une plus grande sécurité juridique ainsi qu'une harmonisation avec l'art. 30 LMP.

Nous constatons régulièrement que les maîtres d'ouvrage s'accordent volontiers nettement plus de temps dans le paiement des factures que ne pourraient le supposer les soumissionnaires à la lecture du dossier de mise en soumission. Dans le calcul précis des coûts du capital, des données précises sur les délais de paiement prévus sont nécessaires dans les soumissions. Nous conseillons notamment une référence à la Directive 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales. Cette directive prescrit un délai de référence de paiement de 30 jours.

Art. 21 **Description de la prestation**

¹ L'adjudicateur décrit les exigences relatives à la prestation à acheter, en particulier ses spécifications techniques, de manière claire et exhaustive. Il tient compte en l'occurrence des normes éprouvées d'associations professionnelles reconnues.

² Il peut aussi se limiter à décrire le but du marché (appels d'offres fonctionnels). Son objectif est de définir exactement et à décrire avec suffisamment de précision le but et la fonctionnalité de l'objet à acquérir.

³ Il indique dans tous les cas les exigences auxquelles la prestation doit impérativement satisfaire.

Prise de position

En procédant aux descriptions de prestations conformément aux normes d'associations professionnelles reconnues, il est possible de prévenir dans une large mesure des descriptions imprécises et incomplètes ou des contradictions dans les dossiers de mise en soumission. Notamment dans les ouvrages de construction, la prise en considération de normes et de directives d'associations professionnelles reconnues telles que la SIA ou la VSS promeut la sécurité juridique pour tous les intervenants.

Les appels d'offres fonctionnels proposent outre des variantes (art. 24 LMP) une véritable chance d'innovations et apportent une valeur ajoutée réelle en présence d'une préparation optimale de projet par l'adjudicateur. Il est toutefois décisif que le but et la fonctionnalité de l'objet d'acquisition soient également définis et décrits de manière suffisamment précise. C'est la raison pour laquelle il convient de compléter l'art. 21, al. 2 selon la proposition ci-dessus.

Art. 24 Variantes

¹ On entend par variante l'offre d'un soumissionnaire qui permet d'atteindre le but du marché d'une manière différente de celle prévue par l'adjudicateur.

² Le soumissionnaire peut proposer une variante ~~à la place de~~ en plus de l'offre de base si l'adjudicateur n'a pas exclu ou limité cette possibilité dans l'appel d'offres.

³ Le soumissionnaire qui offre une variante doit montrer:

- a. que la variante permet d'atteindre le but visé par le marché;
- b. qu'elle répond aux exigences impératives de la prestation;
- c. quels sont les avantages de la variante par rapport à la prestation décrite dans l'appel d'offres.

⁴ Les variantes ne peuvent en principe être exécutées que par les soumissionnaires les ayant offertes. L'adjudicateur ne peut déroger à ce principe que si le soumissionnaire concerné approuve l'utilisation de la variante et que les questions relatives à l'indemnisation sont réglées de manière pertinente.

Prise de position

Selon l'art. 24, al. 2 de l'avant-projet de LMP, les variantes peuvent être remises également sans présentation d'une proposition officielle si cela est admis par l'adjudicateur. La Fédération Infra est ouverte en principe à toute disposition promouvant les innovations chez les soumissionnaires et qui permettent de prévenir des traitements dispendieux de propositions d'une autorité non réalisables dans certains cas. Nous sommes toutefois sceptiques quant à la mise en oeuvre pratique de cette disposition par les adjudicateurs et demandons par conséquent qu'une proposition selon appel d'offres soit systématiquement remise pour chaque soumission, pour les motifs suivants:

1. Les entrepreneurs ont en général fait de bonnes expériences avec le principe en vigueur jusqu'ici, même si l'élaboration de la proposition officielle est fréquemment très dispendieuse et que de nombreuses variantes n'ont la plupart du temps que de faibles chances d'adjudication.
2. Pour permettre la comparaison des offres entrées et une appréciation objective de la compétitivité, les soumissionnaires devraient se pencher sur la proposition officielle et remettre une offre correspondante. Il convient notamment de tenir compte du fait que les variantes ne renferment que rarement des propositions complètement nouvelles, ne présentant au contraire de nouvelles ébauches de solutions que pour des domaines partiels précis.
3. La comparaison des projets officiels entrés avec les variantes confronte de nombreux

adjudicateurs et de nombreux concepteurs à de grands défis. Pour prévenir des erreurs possibles dans l'évaluation des offres et lors de l'adjudication, de nombreux mandats sont adjugés selon le projet officiel. Lorsqu'un soumissionnaire ne remet qu'une variante, il a donc moins de chance d'adjudication que s'il présente également un projet officiel.

Si tous les soumissionnaires doivent présenter un projet officiel, les principes d'égalité de traitement et de concurrence sont mieux pris en compte.

Afin de garantir un respect suffisant de la propriété intellectuelle, nous demandons avec l'art. 24, al. 4 une réglementation sur le traitement de variantes de soumissionnaires qui n'ont pas obtenu d'adjudication.

Art. 25 Absence de preuve du respect des exigences légales

¹ L'adjudicateur exclut de la passation du marché le soumissionnaire qui, sur demande, ne peut pas prouver qu'il respecte les exigences légales:

- a. le droit des assurances sociales;
- b. les conditions de travail et les dispositions relatives à la protection des travailleurs fixées par l'Etat y compris les prescriptions des conventions collectives de travail dont le champ d'application a été déclaré étendu et les contrats-types de travail;
- c. le principe de l'égalité salariale entre homme et femme;
- d. ~~la législation sur la protection de l'environnement;~~
- e. l'obligation d'annonce et le régime d'autorisation prévus par le droit des étrangers.

² Il exclut le soumissionnaire qui n'a pas imposé contractuellement le respect de ces exigences légales prévues, aux tiers auxquels il sous-traite des prestations.

³ Les dispositions en vigueur au lieu où la prestation est exécutée sont en principe déterminantes. ~~Les dispositions du lieu du siège ou de la filiale s'appliquent aux soumissionnaires qui ont leur siège ou leur filiale en Suisse, conformément à la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur.~~ Si la prestation est exécutée à l'étranger, le soumissionnaire respecte au moins les conventions de l'Organisation internationale du travail.

Prise de position

Sous l'art. 1, let. b, il convient non seulement de mentionner les dispositions de travail et de protection au travail, mais également les conventions collectives de travail dont le champ d'application a été déclaré étendu et d'éventuels contrats-types de travail. La formulation à caractère facultatif figurant dans l'art. 29, al. 1 LMP est trop faible à ce sujet.

Nous demandons la radiation de l'art. 25, al. 1, let d., puisque les soumissionnaires doivent respecter une multitude de dispositions légales et qu'une position privilégiée de la législation

sur la protection de l'environnement ne se justifie pas dans la LMP.

Nous approuvons en principe l'exclusion prévue selon al. 2 de soumissionnaires qui n'ont pas imposé contractuellement le respect des exigences légales selon al. 1 aux tiers auxquels ils sous-traitent des prestations. Ceci correspond également à la teneur de l'art. 5 de la loi sur les travailleurs détachés. Il convient toutefois de noter que les soumissionnaires ne peuvent pas être rendus responsables des manquements des sous-traitants, puisque les possibilités correspondantes de consultation et de contrôle font défaut (pas de responsabilité de groupe!).

Selon l'art. 3, le principe du lieu d'origine s'applique en principe aux entreprises dont le siège ou la filiale est en Suisse, alors que les dispositions en vigueur au lieu de la prestation font foi pour les soumissionnaires sans siège ou filiale en Suisse (principe du lieu de prestation). À notre avis, cette différenciation est probablement en contradiction avec la non-discrimination de l'AMP et des accords bilatéraux. De ce fait, nous demandons une radiation de la seconde phrase de l'al. 3.

Nous n'accordons pas de grande chance sur le plan politique à la version proposée dans l'art. 25, al. 3 de l'avant-projet prévoyant l'application du principe du lieu d'origine pour les Suisses et celui du lieu de prestation pour les étrangers. Les entrepreneurs, respectivement les politiciens d'États européens n'accepteront pas la présente proposition, en se référant à la non-discrimination convenue dans l'art. 6 de l'accord bilatéral sur des aspects déterminés des marchés publics, ou à l'art. 3 de l'AMP. Si eux aussi exigent le principe du lieu d'origine, il existe un grand danger de contournement des conditions prévues à l'art. 25, al. 1, notamment la let. b, et que les soumissionnaires suisses et étrangers ne soient plus à pied d'égalité. L'application du principe du lieu d'origine dans le contexte international aurait des conséquences dévastatrices pour différents secteurs économiques suisses et doit par conséquent être catégoriquement refusé.

De plus, nous ne partons pas du principe que les cantons dérogeront au principe du lieu de prestation. Les dispositions du § 7, al. 2 des directives d'adjudication relatives à l'AIMP (AIMPrév) parlent un langage clair: «Valent conditions de travail les prescriptions des contrats collectifs de travail et les contrats-types de travail; à défaut, les prescriptions locales et en usage dans la profession font foi».

La Fédération Infra est consciente du fait que l'application d'un principe général de lieu de prestation pourrait conférer des ailes à la protection locale du patrimoine national, au détriment de la loi fédérale sur le marché intérieur. Nous insistons explicitement ici sur le fait que la plus grande importance doit toujours être accordée à la loi sur le marché intérieur. L'ébau-

che de solution vers un marché intérieur suisse homogène sera à notre avis avant tout réalisée si les lois sur le travail, les contraintes environnementales, les prescriptions en matière de construction, etc. seront harmonisées sur le plan national et que des contrats collectifs locaux de travail (CCT) notamment soient empêchés. Il ne faudrait pas respecter toutes les CCT en vigueur, mais uniquement les CCT dont le champ d'application a été déclaré étendu. Des fonctions importantes sont dévolues ici à la Confédération et aux cantons.

C'est pourquoi, se fondant sur les réflexions développées ci-dessus, la Fédération Infra pencherait plutôt pour l'application du principe du lieu de prestation. Les avantages consistent dans le fait que tous les entrepreneurs en Suisse disposeront d'arguments de même taille et que cette disposition est compatible avec l'accord bilatéral et l'AMP.

Art. 28 Exclusion pour préimplication

¹ *L'adjudicateur exclut de la passation de marché le soumissionnaire qui a acquis avantage concurrentiel du fait de sa participation à la préparation du marché.*

² *Il peut renoncer à l'exclusion s'il compense l'avantage concurrentiel de manière appropriée, notamment par des informations complémentaires ou la prolongation des délais.*

Prise de position

Selon le rapport explicatif, page 46, un soumissionnaire doit avoir participé de manière déterminante à la préparation d'une acquisition pour pouvoir en être exclu (p. ex. lorsqu'il a préparé le dossier de mise en soumission). Nous proposons de préciser par voie d'ordonnance ce que l'on doit comprendre par «déterminant».

Art. 31 Critères de qualification

¹ L'adjudicateur fixe les critères permettant de contrôler les capacités professionnelles, techniques, économiques et organisationnelles du soumissionnaire.

² Il se fonde notamment sur les critères prévus à l'annexe 2.

³ Il peut exiger du soumissionnaire qu'il apporte les preuves prévues à l'annexe 2.

⁴ Les critères de qualification sont communiqués avec l'appel d'offres.

Prise de position

Pour augmenter la transparence, nous exigeons la communication des critères de qualification avec l'appel d'offres et demandons par conséquent une prescription correspondante aux adjudicateurs selon l'art. 31, al. 4.

Art. 32 Critères d'adjudication

¹ L'adjudicateur fixe des critères d'adjudication pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 39, al. 2).

² Les critères d'adjudication sont :

- a. monétaires: ils se réfèrent au coût de la prestation offerte, tels que le prix et les frais probables, en particulier les frais d'exploitation, d'entretien et d'élimination, pendant la durée de la prestation;
- b. non monétaires: ils se réfèrent à la qualité de la prestation offerte, tels 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.

³ L'adjudicateur communique dans le dossier de soumission les différents critères d'adjudication, leur pondération et leur conversion en points.

⁴ Si le marché porte sur des solutions ou des procédés, il prescrit au moins l'ordre de priorité des critères.

Prise de position

Pour augmenter la transparence lors d'acquisitions publiques, nous exigeons la communication des critères d'adjudication avec l'appel d'offres et demandons par conséquent des prescriptions correspondantes aux adjudicateurs selon notre nouvelle formulation de l'art. 32, al. 3. La pratique actuelle se contentant d'indiquer la séquence ou le cas échéant la pondération en pour cent des critères d'adjudication représente dans le meilleur des cas une transparen-

ce fictive. Les soumissionnaires ne peuvent remettre une offre axée sur les besoins de l'adjudicateur que s'ils connaissent comment les différents critères d'adjudication (notamment le prix) sont convertis en points. Tout spécialement pour les critères mesurables, une transparence complète permet de juguler des manipulations ou du moins de les entraver.

Art. 36 Ouverture des offres

¹ L'adjudicateur n'ouvre pas les offres avant la date d'ouverture.

² Il ouvre *publiquement* les offres remises ~~dans les délais en présence de deux personnes au moins.~~

³ Il tient un procès-verbal de l'ouverture des offres. ...

~~⁴ L'ouverture des offres est publique s'il l'adjudicateur l'a indiqué dans l'appel d'offres.~~

⁴ Il met le procès-verbal de l'ouverture des offres dans les 48 heures à la disposition des soumissionnaires.

Prise de position

Conformément aux principes fondamentaux du droit d'acquisition mentionnés en guise d'introduction, nous exigeons la transparence la plus grande possible envers les soumissionnaires lors de l'ouverture des offres. C'est la raison pour laquelle nous proposons une adaptation de l'art. 36, al. 2 ainsi que la radiation de l'art. 36, al. 4. Comme disposition supplémentaire, nous proposons un nouvel al. 4 réglementant le délai de remise aux soumissionnaires du procès-verbal d'ouverture des offres. Nous estimons qu'il est extrêmement important d'informer le plus rapidement possible les soumissionnaires sur leurs chances d'adjudication d'un mandat. En cas de position peu prometteuse, les soumissionnaires peuvent boucler le projet et se consacrer à d'autres tâches. Cette pratique a fait ses preuves dans les cantons et ne prête pas flanc à des réclamations.

Art. 37 Rectification des offres

¹ L'adjudicateur rectifie les offres du point de vue *matériel*, technique et comptable de façon qu'elles puissent être comparées.

² ...

Prise de position

Nous estimons que la rectification matérielle d'offres par l'adjudicateur est extrêmement dangereuse, puisqu'elle se répercute directement sur la définition des prestations et le prix des offres. Elle est d'autre part en contradiction avec les principes de transparence et d'égalité de traitement. De ce fait, les offres ne doivent être rectifiées que sur le plan technique et comptable. Voir également à ce sujet notre prise de position sur l'art. 47 (négociations).

~~Art. 38 — Modification des exigences relatives à la prestation et des critères d'évaluation~~

~~¹ L'adjudicateur peut apporter des modifications aux exigences relatives à la prestation ou aux critères d'évaluation, pour autant qu'elles ne soient pas essentielles.~~

~~² Une modification est notamment essentielle:~~

~~a. lorsqu'on peut supposer que d'autres offres auraient été remises si cette modification avait été faite;~~

~~b. lorsque des soumissionnaires ou des offres non retenus auraient dû être pris en considération si cette modification avait été faite mais ne peuvent plus l'être pour la procédure en cours.~~

~~³ L'adjudicateur communique les modifications non essentielles à tous les participants à la procédure et leur donne la possibilité de présenter une offre remaniée dans un délai approprié.~~

Prise de position

Si les soumissionnaires sont en mesure de remettre une offre remaniée, ils ne s'orientent plus exclusivement sur la modification demandée et exploitent plutôt la chance d'optimiser l'offre d'ensemble. Les modifications apportées après coup aux exigences posées à la prestation, même si elles sont taxées de non essentielles par l'adjudicateur, ont par conséquent le caractère d'une ronde de négociation et sont en contradiction à notre avis avec les principes fondamentaux de la transparence, de l'égalité de traitement et de la protection juridique efficiente.

En présence de modifications non essentielles, la nouvelle ronde de soumission ne se justifie pas. Comme le veut aujourd'hui la pratique, la correction des points non essentiels doit se faire avec le soumissionnaire mandaté dans le cadre des négociations de contrat d'entrepri-

se. En présence de modifications essentielles, la procédure doit être interrompue au sens de l'art. 57, al. 1, let. d et le cas échéant répétée.

Sur la base des motifs précités, nous demandons de radier sans remplacement l'art. 38.

Art. 39 *Adjudication*

¹ *Les offres qui entrent en considération en vue de l'adjudication sont celles des soumissionnaires: ...*

⁵ *Il départage les offres équivalentes compte tenu de la mesure dans laquelle le soumissionnaire ~~offre des places de formation~~ a formé avec succès des apprentis durant les trois dernières années.*

Prise de position

Le nombre de places de formation proposées en tant que critère d'adjudication pour des offres de même valeur est un critère de peu d'aide ni axé sur l'avenir. Il convient d'éviter que des entreprises créent des places d'apprentissage et engagent des apprentis ne convenant pas à leur occupation pour augmenter leurs chances d'obtention de mandats publics. Selon nos expériences, de telles incitations aboutissent à un nombre supérieur à la moyenne d'interruptions d'apprentissage et à des problèmes plus étendus dans les écoles professionnelles.

Nous demandons par conséquent non pas de prendre en considération le nombre de places de formation, mais bien le nombre d'apprentissages bouclés avec succès les trois dernières années (nombres d'AFC ou AFP). Même si cet article viendra rarement en application, l'effet incitateur de cette disposition sur les adjudicateurs cantonaux ou communaux n'est pas à sous-estimer.

Art. 47 Négociation

~~¹-L'adjudicateur peut mener une négociation avec les soumissionnaires retenus pour qu'ils puissent améliorer leur offre.~~

~~²-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.~~

~~Les rondes de négociation ou négociations sur le prix, l'étendue des prestations ou le rapport prix/prestations sont interdits.~~

Prise de position

Les al. 1 et 2 de l'art. 47 sont à remplacer par une interdiction de rondes de négociation ou de négociations sur le prix, l'étendue des prestations ou le rapport prix/prestations. Nous rejetons strictement les rondes de négociation, puisqu'ils ne correspondent pas aux principes de base d'une concurrence équitable et que l'abus leur pouvoir par l'adjudicateur est pour ainsi dire provoqué. Contrairement à l'affirmation figurant dans le rapport explicatif en page 63, nous sommes clairement d'avis que la loi sur les cartels n'offre pas de protection suffisante contre l'abus de pouvoir par des maîtres d'ouvrage publics!

Dans le sens également de l'harmonisation entre la Confédération et les cantons, la renonciation à des rondes de négociation selon l'art. 11 de l'AIMPrév est à reprendre. Les expériences faites dans les cantons montrent que les pouvoirs publics peuvent également sans rondes de négociation effectuer des acquisitions avantageuses sur le plan économique. De nombreux adjudicateurs partent (à tort) du principe que des négociations permettent de réaliser des acquisitions plus avantageuses. En effet, s'il existe la possibilité de tels rondes de négociation, une certaine «marge de négociation» est en général encore incluse dans le prix de l'offre. Comme le démontre la pratique, des adjudications équitables et l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires en cas de rondes de négociation ne peuvent que rarement être garanties. De plus, une position dominante que l'on ne saurait sous-estimer est accordé aux adjudicateurs, pouvoir qui est alors et fréquemment aussi exploité négativement.

Il n'est pas nécessaire de procéder à des rondes de négociation pour rendre les offres comparables. La formulation dans l'art. 37 (rectification des offres) suffit amplement.

~~Art. 48 — Enchère électronique~~

~~¹ Avant l'enchère, l'adjudicateur fait une première évaluation complète des offres en fonction des critères d'évaluation et désigne les soumissionnaires admis à l'enchère électronique.~~

~~² 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.~~

~~³ L'enchère est anonyme.~~

~~⁴ Les offres sont évaluées automatiquement au moyen d'une formule mathématique.~~

~~⁵ L'adjudicateur adjuge le marché en fonction de l'évaluation automatique et des autres critères d'adjudication.~~

Prise de position

À l'instar de l'art. 47, l'art. 48 aboutit également à une limitation de la comparaison des offres à la concurrence. Nous demandons par conséquent de radier sans remplacement l'art. 48. L'interdiction d'enchères électroniques permet de prévenir une concurrence se déroulant uniquement au niveau des prix précisément dans les offres non standardisées du secteur de la construction et de restreindre le pouvoir de demande des adjudicateurs. Dans ce domaine également, la loi sur les cartels ne garantit pas de protection suffisante contre l'abus du pouvoir.

Art. 57 Interruption de la procédure

- ¹ *L'adjudicateur peut interrompre la procédure dans l'intérêt public, notamment dans un des cas suivants:*
- a. aucune offre ne remplit les exigences impératives relatives à la prestation;*
 - b. des conditions techniques ou financières essentielles changent;*
 - c. il a un soupçon fondé d'un comportement contraire au droit des cartels;*
 - d. l'adjudicateur modifie substantiellement les exigences relatives à la prestation ou les critères d'évaluation.*
- ² *Il peut ensuite renoncer au marché ou répéter la procédure.*
- ³ *S'il est renoncé à une acquisition en vertu de l'art. 57, al. 1, let. b et d, les dépenses des soumissionnaires non exclus sont à indemniser de manière raisonnable pour l'établissement d'offres.*

Prise de position

Pour des raisons d'efficience, il est important que les adjudicateurs ne publient que des mises en soumission soigneusement planifiées et préparées. Les appels d'offres ne doivent pas être exploités ou utilisés abusivement uniquement pour vérifier les faisabilités ou pour évaluer des coûts, comme cela a été de loin en loin le cas ces derniers temps. Les soumissionnaires investissent en définitive une partie substantielle de leurs ressources personnelles et financières pour chaque soumission. C'est la raison pour laquelle nous demandons l'admission de l'art. 57, al. 3.

Art. 76 Effet suspensif

~~1 L'effet suspensif est régi par l'art. 55 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative.~~

~~2 Le recours n'a pas d'effet suspensif si 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, notamment dans le domaine de la sécurité ou de l'armement, dans un délai qui ne permet pas de différer la conclusion du contrat.~~

~~3 L'autorité de recours ne peut pas prendre de décision contraire dans les cas prévus à l'al. 2.~~

~~4 Le Conseil fédéral peut publier dans une ordonnance une liste des ouvrages publics et des tâches de la Confédération, ainsi que des marchés dans le domaine de la sécurité ou de l'armement pour lesquels l'autorité de recours ne peut que constater dans quelle mesure la décision est contraire au droit applicable.~~

~~1 Le recours n'a pas d'effet suspensif.~~

~~2 Toutefois, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, accorder l'effet suspensif à un recours, pour autant que celui-ci paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose.~~

~~3 Si l'effet suspensif est ordonné sur demande du recourant et qu'il soit de nature à causer un préjudice important, le recourant peut être astreint à fournir, dans un délai convenable, des sûretés pour les frais de procédure et une éventuelle indemnité de dépens. A défaut de versement dans le délai fixé par le juge, la décision ordonnant l'effet suspensif devient caduque.~~

~~4 Le recourant est tenu de réparer le préjudice causé par l'effet suspensif s'il a agit par dol ou par négligence grave.~~

Prise de position

L'adjudication autour de l'exécution de la technique ferroviaire dans le tunnel de base du Saint-Gothard a montré que les recours contre des décisions d'adjudication peuvent être problématiques dans le cas de soumissions critiques dans le temps. L'art. 1 renvoie à l'art. 55 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA), dont l'al. 1 prévoit que le recours a effet suspensif. À la différence de la PA, l'art. 76, al. 2 de la LMP supprime l'effet suspensif pour des ouvrages de grand intérêt public. Les objets suivants sont énumérés à titre d'exemples dans le rapport explicatif, page 81 : contournement ouest de Zurich, liaison Suisse-France jusqu'à Porrentruy, tunnel du Seelisberg, extension complète Roveredo, tunnel de Belchen. Selon l'art. 76, al. 4, le Conseil fédéral reçoit la compétence de désigner les objets pour lesquels il n'est plus accordé de protection juridique intégrale. Nous considérons la dé-

légation de cette compétence au Conseil fédéral comme trop complexe sur le plan politique et rejetons par conséquent cette proposition.

Nous considérons les dispositions proposées dans l'avant-projet sur l'effet suspensif, dans l'art. 76, comme trop compliquées et trop vulnérables face aux dérangements. Sur la base des expériences faites dans les cantons avec des recours et des effets suspensifs, nous demandons de reprendre intégralement dans la LMP les dispositions de l'art. 17 de l'AIMPrév. Il est ainsi possible d'obtenir une sécurité juridique élevée sans que les différentes parties soient déçues de leurs voies de recours ou qu'elles puissent abuser du recours sans obligation d'indemniser à titre de réparation du dommage.

Bien que nous accueillions favorablement l'accélération de procédures d'adjudication, les voies de recours des soumissionnaires ne doivent pas être entravées. Dans ce contexte, il convient d'accorder une importance particulière à l'art. XX de l'AIMP qui exige au point 2 des procédures non-discriminatoires, rapides, transparentes et efficaces.

Art. 78 *Etendue de la réparation due au soumissionnaire*

¹ Si le recourant peut prouver que, sans la violation du droit constatée, il aurait très vraisemblablement emporté l'adjudication, il a droit au remboursement de ses dépenses en relation avec la passation de marché et la procédure de recours.

² Si l'adjudicateur se soustrait à l'appel d'offres de manière manifestement contraire au droit, le premier recourant qui, de ce fait, n'a pas pu participer à la procédure a droit à une indemnité appropriée dont le montant est limité à 3 % de la valeur de l'adjudication.

Prise de position

Selon le rapport explicatif, page 82, le soumissionnaire qui a subi un préjudice du fait d'une adjudication contraire au droit a droit à l'indemnisation de tous les coûts qui peuvent être justifiés en relation avec la procédure d'acquisition et de recours. Un éventuel manque à gagner n'est pas indemnisé.

La Fédération Infra exige que l'évaluation de l'étendue des indemnisations à verser au soumissionnaire recourant en cas d'adjudication contraire à la loi soit nettement plus élevée. Les dépens occasionnés par l'établissement de l'offre et la conduite du recours ne sont en aucun rapport avec les marges de couverture échappées.

~~Art. 81 — Dommages-intérêts de l'adjudicateur~~

~~¹ Le soumissionnaire qui dépose un recours manifestement infondé répond du dommage causé à l'adjudicateur.~~

~~² Si l'adjudicateur fait valoir des prétentions en dommages-intérêts par la voie du recours l'autorité de recours compétente peut statuer sur celles-ci dans sa décision sur le recours.~~

Prise de position

Nous considérons la réglementation dans l'art. 81 comme non équilibrée et en demandons la radiation sans remplacement. Alors que les prétentions de dommages-intérêts des soumissionnaires ayant fait l'objet d'une adjudication sont sensiblement limitées sur le plan matériel et financier, le recourant doit déjà supporter la totalité du dommage si le recours était «manifestement infondé». Il n'est pas toujours clair pour le recourant comment les tribunaux compétents interprètent la notion «manifestement». Une entreprise peut se tromper de bonne foi dans les questions juridiques et d'états de fait. Le seuil de responsabilité intégrale est ainsi placé trop bas à notre avis. Comme il en va dans la pratique d'autres procédures, un recourant ne doit répondre du dommage que s'il a fait recours de mauvaise foi.

Nous vous remercions de bien vouloir considérer notre prise de position.

Meilleures salutations

Fédération Infra

Michel Buro
Président

Dr Benedikt Koch
Directeur

Copies à: Société suisse des entrepreneurs SSE
constructionsuisse
economiesuisse
Union suisse des arts et métiers USM
Conférence suisse des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire
et de l'environnement DTAP