

Office fédéral des constructions et
de la logistique
à l'att. de Monsieur G. Marchand,
Holzikofenweg 36
3003 Berne

Zurich, le 6 novembre 2008 / hb

i:\u+d\führung\vernehmlassungen\2008\
boeb rev 08\w-08-09-03 rev boeb vernehm entw9 f_srl.doc

Révision de la LF sur les marchés publics (LMP) - procédure de consultation

Monsieur le Directeur,
Madame, Monsieur,

A fin mai 2008, le Conseil fédéral a ouvert la procédure de consultation concernant la révision de la LF sur les marchés publics jusqu'à mi-septembre 2008. Le délai a par la suite été prolongé jusqu'à mi-novembre 2008 sur demande des cantons. Nous nous permettons de vous soumettre la prise de position de la Société Suisse des Entrepreneurs (SSE).

1. Remarques d'ordre général

1.1 Importance pour le secteur principal de la construction

Les marchés adjugés par les pouvoirs publics sont d'une très grande importance pour le secteur principal de la construction. En effet, la plupart des mandats confiés par ces derniers concernent le génie civil et les travaux souterrains. Par conséquent, nos entreprises sont fortement concernées par cette loi.

Nous prenons acte du fait que la Confédération entend toucher tous les marchés par le biais d'une seule loi et qu'elle ne veut pas la restreindre aux seules prestations de construction. Il s'agit là d'une entreprise ambitieuse car les marchés portant sur des biens et des services se passent à des conditions très différentes. De plus, il s'avère difficile de régler les conditions et les procédures de manière uniforme. Les difficultés à ce sujet ressortent clairement du projet de loi, si bien que la SSE ne peut que rejeter certaines propositions qu'elle estime inappropriées pour la branche.

C'est la raison pour laquelle la SSE considère qu'il vaut la peine d'examiner la possibilité de régler les marchés portant sur les prestations de construction dans un acte législatif séparé.

Requête

La SSE demande de séparer les prestations de construction des autres prestations et d'examiner la possibilité de promulguer une seule loi pour les marchés portant sur des prestations de construction.

1.2 Ordonnance

Le projet est clairement structuré par rapport à la loi en vigueur; il est bref, mais complet et aisément compréhensible. Cependant, des lois compactes impliquent une marge de manœuvre élargie au niveau de l'application. De ce fait, les ordonnances revêtent une importance accrue. C'est pourquoi nous demandons que le projet d'ordonnance soit également mis en consultation en temps opportun et que la SSE puisse y participer officiellement.

1.3 Principes relevant des directives d'adjudication

Comme le relève la monographie de Martin Beyeler "Ziele und Instrumente des Vergaberechts", Zurich 2008, toute disposition relative à la concurrence est basée pour ainsi dire sur les principes de transparence, concurrence, rentabilité, égalité de traitement et effectivité (p.5).

Nous demandons que ces principes soient respectés et appliqués de manière conséquente par tous les adjudicateurs, c.-à-d. tant au niveau de la législation que dans la pratique.

1.4 Harmonisation du droit sur les marchés publics à l'intérieur de la Suisse

1.4.1 Les dispositions du GATT / de l'OMC (Accord sur les marchés publics, AMP) ainsi que l'Accord bilatéral entre la Suisse et l'Union européenne exigent un espace de marchés "Suisse" uniforme. Autrement dit, la Confédération, les cantons et les communes doivent appliquer les mêmes principes juridiques. Jusqu'à présent, l'application à l'échelon national se faisait par le biais de la LMP; à l'échelon cantonal, l'application était basée sur l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP). Les cantons doivent dès lors transférer le contenu du concordat dans leur droit respectif. Cette procédure est administrativement "lourde" et comporte comme risque que les cantons n'adhèrent pas tous au concordat (cf. dernière version du concordat de 2004, qui n'a pas été reprise par un canton). Il en résulte donc un morcellement du marché et du droit qui nous éloigne d'un marché suisse de la construction. Même les spécialistes peinent à garder la vue d'ensemble.

Cette situation et l'évolution consécutive entravent non seulement la réalisation de l'objectif visé, à savoir un accès simplifié et non-discriminatoire aux marchés publics, mais représentent un obstacle de taille précisément pour les entreprises de construction interrégionales.

Par conséquent, la SSE se félicite des efforts déployés par la Confédération visant à améliorer, de concert avec les cantons, cette situation de plus en plus intolérable.

1.4.2 La Confédération a examiné avec les cantons quatre modèles. Ils sont tombés d'accord sur le modèle C "harmonisation au moyen d'une uniformisation partielle".

La SSE approuve cette solution sans enthousiasme, mais exige que certaines dispositions du concordat soient reprises dans la nouvelle législation car elles se sont avérées efficaces.

1.5 Points principaux quant au contenu

1.5.1 Pas d'adjudication selon le principe de l'offre la plus basse

Les entreprises chargées d'un mandat de construction ne livrent pas de produit fini au maître d'ouvrage, mais elles leur proposent une prestation, qui est l'exécution de l'ouvrage. Mis à part quelques cas concernant des prestations simples et standardisées, le prix c.-à-d. l'offre la plus basse **n'est jamais** le critère d'adjudication déterminant, mais bien plutôt l'offre la plus avantageuse économiquement (art. 39 al. 2 du projet). La réalité est malheureusement toute autre. Pour cette raison, il faut exiger avec insistance l'application du principe "adjudication selon l'offre la plus avantageuse" et non selon "l'offre la plus basse".

La SSE demande qu'une prestation de construction soit en principe adjudiquée uniquement au soumissionnaire le "plus avantageux". Autrement dit, le soumissionnaire ayant soumis, après évaluation de tous les critères d'adjudication, l'offre économiquement la plus avantageuse se voit adjudger les travaux.

1.5.2 Lutte contre la position dominante des maîtres d'ouvrage publics

La SSE constate de plus en plus (surtout dans les ouvrages d'infrastructures) que les maîtres d'ouvrage publics abusent de leur position dominante. Ils fixent par exemple des dispositions relevant du contrat d'entreprise dans les documents d'appels d'offres ou les imposent alors même qu'elles n'ont pas lieu d'être dans une concurrence fonctionnant conformément aux règles établies. Selon le rapport explicatif (page 63), la Confédération estime que le risque d'abus de position dominante peut être éliminé avec la loi révisée sur les cartels (LCart). L'expérience montre que tel n'est pas le cas. Hélas, la révision de cette loi en 2004 n'a jamais entraîné de modification du comportement des maîtres d'ouvrage.

La SSE demande avec insistance que les pouvoirs publics ne puissent pas abuser de leur position dominante dans le cadre d'adjudications.

1.5.3. Nouvelles solutions

Le projet veut aussi permettre de nouvelles solutions tel que le dialogue compétitif. Nous approuvons ces propositions, mais attirons l'attention sur le fait que contrairement au droit européen, aucune véritable procédure de dialogue compétitif n'est en fait prévue. Une indication figure dans ce sens à l'art. 46 du projet, mais à notre avis, les exigences légales posées pour une procédure claire et loyale ne sont pas remplies.

Une réglementation sur les Partenariats Publics Privés (PPP) rentre également dans ce cadre. Cette solution intéressante appliquée dans plusieurs pays d'Europe ne parviendra pas à s'imposer, faute de dispositions claires.

1.5.4 Conditions de travail et de protection du travail

Dans les prestations de construction, la part des salaires est particulièrement élevée. Aussi, compte tenu de la concurrence acharnée, la tentation est-elle grande d'épargner sur les charges salariales. Le secteur principal de la construction peut combattre ces risques grâce à la Convention nationale (CN) déclarée de force obligatoire, dont l'application est placée sous la surveillance des commissions professionnelles paritaires (CPP).

La SSE s'engage de manière conséquente pour le principe de "lutte à armes égales", c.-à-d. que s'appliquent les conditions de travail et de protection du travail au lieu de la prestation. En cas de convention collective déclarée de force obligatoire (comme la CN p.ex.), les conditions qu'elle prévoit sont applicables dans leur intégralité selon description à l'art. 2 de la loi sur les travailleurs détachés (RS 823.20). Cela implique que la Suisse doit se développer en une zone de marché unique, car les différences locales et / ou régionales dans les conditions de travail entraînent une distorsion de la concurrence et, donc une inégalité de traitement.

2. Remarques spécifiques à certains articles

2.1 Art. 1 Objet

Comme indiqué au début de la présente, la SSE se félicite que les cantons et les communes soient intégrés dans cette loi. Avec l'uniformisation partielle proposée, les cantons disposeront encore d'une marge de manœuvre suffisamment large. La reprise de plusieurs dispositions du concordat (AIMP) améliorera de manière décisive l'acceptation (cf. art. 6 du projet).

Il faut accorder un délai de trois ans aux cantons pour réviser leur concordat en l'adaptant à la loi; faute d'adaptation dans ce délai, la présente loi est applicable.

2.2 Art. 2 But

La SSE approuve cet article, mais insiste sur le fait que le droit sur les marchés publics ne saurait servir de manière unilatérale à acheter des biens et services les moins chers possibles. Bien au contraire, il faut garder une vue d'ensemble sur le plan économique. La SSE attache une importance toute particulière au principe de loyauté entre le maître d'ouvrage et le soumissionnaire comme décrit ci-dessus au ch. 1.5.2. C'est pourquoi il convient à son avis de mentionner ce point dans la loi.

Requête

„La présente loi vise à créer les conditions nécessaires:

:

a. à la transparence et à la loyauté de la passation des marchés publics;

;

b. ...

2.3 Art. 3 Marché public

Les services internes de l'administration font de plus en plus partie du cercle des soumissionnaires dans le cadre de marchés publics. Ils peuvent compter sur d'autres structures de coût, souvent plus avantageuses que celles des soumissionnaires tiers, parce que des subventions croisées ne sont pas exclues. Cette procédure, qui entraîne des distorsions du marché, est en contradiction avec le principe de loyauté et de transparence. Les services internes de l'administration participant aux soumissions dans le cadre d'une procédure soumise à la LMP sont tenus, eux aussi, de respecter les dispositions légales. A notre avis, l'al. 2 dudit article est formulé de manière trop étendue.

Demande

Art. 3 Marchés publics

Al. 1 ...

Al. 2 Elle (loi) 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 aux appels d'offres d'autres adjudicateurs en qualité de soumissionnaires sont soumis à cette loi;

c. ...

2.4 Art. 4 Adjudicateur et art. 6 Droit cantonal

2.4.1. *Art. 4:* selon l'alinéa 1, sont assujettis à la présente loi toute autorité ou unité administrative de la Confédération, des cantons et des communes; il en est de même en outre de toute organisation sous l'influence dominante, directe ou indirecte, de la Confédération, des cantons et des communes.

Nous renvoyons à nos remarques sous ch. 24.2. pour la question de principe relative à l'assujettissement des cantons et des communes.

Cependant, vos remarques en page 30 du rapport explicatif sur l'al. 2, selon lesquelles la Suva doit être assujettie au droit des marchés publics nous ont surpris. A notre avis, un quelconque fondement pour un tel assujettissement fait défaut. La Suva est certes un établissement de droit public soumis à la haute surveillance de la Confédération (art. 61 LAA). Elle est cependant dirigée "selon le principe de l'auto administration et du partenariat social.... Entreprise ne poursuivant pas de but lucratif, la Suva est financièrement indépendante; elle ne bénéficie pas de subventions étatiques. Elle pratique l'assurance-accidents professionnels selon le principe de la mutualité, contrairement aux assureurs privés (art. 61 al. LAA)..." (p. 52 ch. 3.1.2 Message du Conseil fédéral sur la modification de l'assurance-accidents du 29 mai 2008). Actuellement, le Conseil fédéral élit certes le conseil d'administration (art. 63 LAA, RS 832.20, qui sera à l'avenir le conseil de surveillance), mais n'exerce pas une influence dominante selon la LMP révisée. Dans le cadre de la loi, la Suva dispose exactement de la même marge de manœuvre dans ses activités que les assureurs privés proposant des assurances-accidents obligatoires. Ainsi, à notre avis, il est avéré que la Suva *n'est pas* assujettie au droit des marchés publics.

2.4.2 *Art. 6 Droit cantonal:* comme indiqué ci-dessus, la SSE se félicite en principe de l'harmonisation par une uniformisation partielle. Toutefois, elle estime judicieux le maintien du concordat comme instrument de coordination et le fait que les cantons

puissent trouver des solutions communes dans leur sphère de compétence. Nous renvoyons aux remarques concernant l'art. 1 pour le délai transitoire.

2.5 Art. 11 Procédure invitant à soumissionner et procédure de gré à gré

Selon le projet mis en consultation, l'adjudicateur invite au moins trois soumissionnaires à présenter une offre, dont au moins l'un d'entre eux doit être externe. Ce libellé est par trop vague et peut entraîner un manque de clarté ainsi que des incertitudes juridiques. Les remarques figurant en page 34 du rapport explicatif n'apportent guère d'éclaircissements. A cet égard, il est aussi révélateur que des formulations ouvertes aient été choisies dans l'AIMP et les lois cantonales.

La SSE demande de renoncer à la spécification.

Requête

Art. 11 Procédure invitant à soumissionner et procédure

1 En procédure invitant à soumissionner, l'adjudicateur invite, si possible, trois soumissionnaires au moins à présenter une offre ____ (*à abroger*)

2 ...

2.6 Art. 13 Confidentialité et sécurité des données

La SSE approuve la disposition prévue sur la confidentialité relative aux données du soumissionnaire. Mais des adjudicateurs ont à plusieurs reprises violé ce principe. Aussi est-il important que la disposition relative à la confidentialité soit concrètement respectée. La SSE demande qu'une précision soit apportée dans la loi, indiquant les mesures qu'entend prendre l'adjudicateur pour garantir le principe de confidentialité.

Requête

Art. 13 Confidentialité et sécurité des données

1 L'adjudicateur indique dans l'appel d'offres les mesures au moyen desquelles il assurera la confidentialité des informations fournies par le soumissionnaire.

2 (inchangé)

2.7 Art. 15 Seuils

La Confédération propose de nouveaux seuils. Elle entend pour les prestations de construction d'actuellement env. 9,575 mio. de francs abaisser le seuil de manière uniforme à 8 mio. de francs. Mais elle n'en indique pas les raisons. Les seuils pour les services seront maintenus à 250'000 francs.

La SSE s'oppose à cet abaissement. Les valeurs actuelles reposent sur l'Accord GATT / OMC (Accord sur les marchés publics), c.-à-d. actuellement 5 millions de droits de tirage spéciaux DTS pour tous les ouvrages de construction. Elle rejette d'éventuelles "contre-affaires" avec d'autres Etats en vue de relever ou d'abaisser les seuils. *Elle partage le point de vue que la procédure d'appels d'offres doit être*

appliquée à des prestataires de catégories de travail différentes uniquement à partir d'un montant de 2 millions de francs. Par ailleurs, elle exige qu'une adjudication de gré à gré soit possible jusqu'à 250'000 francs.

De plus, les seuils pour services sont à relever pour se situer aux valeurs maximums selon l'Accord GATT / OMC. Actuellement, ce montant est de 383'000 francs.

Requête

- Les seuils actuels pour ouvrages de construction de 5 mio. de DTS, correspondant à 9,575 mio. de francs, doivent être maintenus. De plus, les seuils pour services sont à relever à CHF 383'000.--
- appliquer la procédure d'appels d'offres à des prestataires de catégories de travail différentes uniquement à partir d'un montant de CHF 2 millions;
- autoriser l'adjudication de gré à gré jusqu'à CHF 250'000;
- relever les seuils pour prestations à CHF 383'000.--

2.8 Art. 19 Documents d'appel d'offres

Al. 1. Les documents d'appels d'offres doivent être établis de manière minutieuse et complète. Il ne faut pas qu'ils mélangent les critères de qualification et d'adjudication. Force est de constater dans la pratique que ces documents ne remplissent que partiellement, voire pas du tout les exigences fixées. De plus, on demande que les documents puissent en principe être mis à disposition gratuitement des parties intéressées et que l'appel d'offres soit rédigé au moins dans la langue parlée au lieu de la prestation. Récemment, le Tribunal administratif fédéral a donné raison à la section tessinoise de la SSE qui faisait valoir son droit dans ce sens.

Les conditions de paiement sont mentionnées à la let. d de l'al. 1. En font également partie les délais de paiement. Il est important pour les entreprises que les paiements soient opérés dans les meilleurs délais, car tout retard peut peser fortement sur la marche de leurs affaires. Par analogie à la directive 2000/35 CE, on admet que le délai est de 30 jours à l'échelle internationale. La SSE demande que ce délai soit en principe également fixé en Suisse.

Al. 2 A relever que dans la procédure par invitation, les documents d'appels d'offres doivent également être disponibles au départ. C'est pourquoi le projet doit être précisé à cet égard (à notre avis, les explications figurant dans le rapport explicatif, en page 40, ne suffisent pas à elles seules.

Al. 3 En vertu du droit international (art. X:10, let b. AMP), un soumissionnaire a le droit de recevoir les documents d'appels d'offres à brève échéance. Cette disposition ne résout cependant pas la question importante de la non-gratuité des documents (au § 12 des directives sur l'AIMP, on ne fait à la let. i que référence au prix des documents Org-OMP, dans l'OMP (RS 172.05611), on ne trouve aucune mention quant au prix). **Pour cette raison, la SSE demande que les documents d'appels d'offres soient remis gratuitement aux personnes intéressées. Si un requérant intéressé ne présente pas d'offre en contrepartie des documents reçus, l'adjudicateur peut lui facturer les coûts correspondants.**

Requête

Art. 19 Documents d'appel d'offres

1 L'adjudicateur décrit en détail dans les documents d'appel d'offres remis gratuitement aux soumissionnaires et rédigés au moins dans la langue du lieu de la prestation:

- a. ... les exigences relatives à la prestation à acheter;
- b. les critères de qualification et d'adjudication (critères d'évaluation);
- c. les éléments de coût à prendre en compte dans les prix de l'offre;
- d. les conditions de paiement, y compris les délais de paiement de 30 jours en règle générale;
- e. le déroulement prévu de la procédure;
- f. la durée pendant laquelle l'offre lie les soumissionnaires.

2 L'adjudicateur permet d'accéder aux documents d'appel d'offres:

- a. au moment de l'appel d'offres, en procédure d'appel d'offres ouverte;
- b. au moment de l'invitation à déposer des offres, en procédure sélective.
- c. (nouveau) dans la procédure d'invitation au moment de l'invitation.

3 Il remet gratuitement les documents d'appel d'offres aux soumissionnaires qui le demandent. Si un soumissionnaire ne présente aucune offre, les coûts relatifs aux documents d'appels d'offres peuvent lui être facturés.

...

2.9 Art. 21 Description de la prestation / art. 22 Spécifications techniques

Art. 21 al. 1: la formulation figurant à l'al. 1 n'est pas claire. Plusieurs documents standards publiés par des organisations professionnelles (p.ex. normes SIA ou VSS) sont utilisés précisément dans la branche de la construction. Par conséquent, il faut compléter l'al. 1. (voir ci-dessous)

Art. 21 al. 2: outre les variantes (cf. art. 24 du projet), les appels d'offres fonctionnels permettent de trouver des solutions innovatrices et intégrales. Il faut cependant que l'adjudicateur prépare le projet de manière optimale en décrivant exactement le but et la fonctionnalité attendue. En outre, il faut examiner s'il y a lieu d'indemniser les soumissionnaires non pris en considération étant donné qu'un appel d'offres fonctionnel entraîne des dépenses sensiblement plus élevées pour les soumissionnaires qu'une soumission normale.

Demande

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. A cet effet, il tient compte des standards d'organisations professionnelles reconnues.

-

2 Il peut pour des raisons acceptables aussi se limiter à décrire le but du marché (appel d'offres fonctionnel), cet objectif doit au moins définir de manière précise le but et la fonctionnalité de l'objet.

3 ...

2.10 Art. 23 Allotissement et offres partielles

Le projet prévoit à l'art. 23 la possibilité de constituer des lots. Le législateur entend par là la répartition de la prestation globale en prestations partielles, c.-à-d. soit selon genres de prestations, selon des zones géographiques ou selon des critères quantitatifs.

Nous n'avons rien à objecter à cette solution à condition que la constitution de lots soit formulée de manière claire en termes de délais et de descriptifs. Il arrive fréquemment que des clauses telles que "La constitution de lots demeure réservée" figurent dans des documents. Compte tenu de cette formulation vague, des lots sont constitués après réception des offres, ce qui viole le principe d'une soumission loyale. Il ne doit encore moins être possible de séparer les prestations partielles de la prestation globale en cours de la réalisation des travaux. Au cas où des offres partielles sont admises, il faut également déposer une offre pour la prestation globale.

Requête

Art. 23 Allotissement et offres partielles

1 Dans l'appel d'offres, l'adjudicateur peut diviser le marché en plusieurs prestations (lots).

2 L'adjudicateur peut à titre exceptionnel se réserver le droit de diviser la prestation globale en plusieurs prestations (lots) pendant la procédure, mais toutefois avant l'adjudication du marché. Dans ce cas, il indique expressément dans le document d'appel d'offres à quelles conditions et pour quels secteurs des lots peuvent être constitués ou si une offre doit éventuellement être également présentée pour la prestation globale.

2.11 Art. 24 Variantes

On peut se féliciter que des variantes soient autorisées. Celles-ci encouragent l'innovation et s'avèrent souvent plus avantageuses que la variante officielle. Un point litigieux est de savoir s'il faut remettre dans chaque cas la variante officielle en plus de celle de l'entrepreneur dans la mesure où le calcul de deux variantes occasionne un sensible surcroît de travail. Le libellé proposé à l'al. 2 laisse le soin à l'adjudicateur de répondre à cette question. Il peut donc choisir s'il entend aussi autoriser des variantes d'entrepreneur remises seules ou les permettre seulement en plus de la variante officielle. Les entreprises rejettent à une large majorité la solution proposée dans le projet.

Les entrepreneurs exigent que le calcul de la variante officielle soit en principe aussi effectué, car les variantes d'entreprise sont souvent difficiles à évaluer. De plus, les adjudicateurs ainsi que les concepteurs sont souvent confrontés à des défis de taille en raison de la comparabilité nécessaire des solutions présentées.

En outre, les variantes sont souvent transmises à des tiers sans l'assentiment du soumissionnaire, ce qui est susceptible de violer la propriété intellectuelle. Ce point doit être clarifié dans la loi.

Requête**Art. 24 Variantes**

1 ...

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

3 (nouveau) Les variantes d'entreprise ne peuvent en règle générale être réalisées que par le soumissionnaire les ayant proposées. Le soumissionnaire doit donner son accord et être indemnisé si l'adjudicateur entend faire un usage différent de ces variantes sans adjuger le marché en question au soumissionnaire.

2.12 Art. 25 Absence de preuve du respect des exigences légales / art. 29 Autres motifs d'exclusion

Art. 25 al. 1 let. a: compléter l'al. 1, let. a comme suit: le soumissionnaire apporte la preuve expresse qu'il a payé toutes les charges sociales. Dans la construction, tout soumissionnaire ne s'étant pas acquitté de ces charges bénéficie d'un sensible avantage sur le marché. Une telle pratique est déloyale et ne mérite pas d'être protégée.

Art. 25 al. 1 let. b: ce libellé est ambigu. Non seulement les dispositions fixées par l'Etat font partie des conditions de travail, mais il en va de même bien entendu de celles stipulées dans les CCT déclarées de force obligatoire et dans les contrats-type de travail, p.ex. les salaires minimaux. Il faut préciser la let. b en ce sens de manière analogue à la loi sur les travailleurs détachés (RS 943.02).

Art. 25 al. 1 let. d: la législation sur la protection de l'environnement est indiquée à cette lettre. Elle ne compte que parmi l'une des nombreuses autres législations qu'il faut respecter telle que celle sur la protection des eaux, de la nature et du paysage. La législation sur la protection de l'environnement ne constitue pas un cas d'espèce, raison pour laquelle il faut abroger cette disposition.

En revanche, il est important que les autorités vérifient à intervalles réguliers si les exigences juridiques sont respectées, p.ex. au moyen de sondages ou en faisant appel à des commissions professionnelles paritaires. C'est uniquement par ce procédé que le maître d'ouvrage peut exiger de manière crédible le respect des conditions de travail et de protection du travail.

Art. 25 al. 3: une question centrale est de savoir s'il faut appliquer le principe de lieu de la prestation ou du lieu du siège. La version proposée à l'al. 3 peut prêter à confusion: elle laisse entendre qu'il est possible, sur territoire suisse, d'appliquer, en ce qui concerne les conditions de travail, la loi sur le marché intérieur et donc le principe du lieu de provenance, alors que l'on pourrait imposer, à l'encontre des soumissionnaires étrangers, la loi sur les travailleurs détachés avec le principe du lieu de prestations. La SSE ne se prononce quant à la possibilité d'une telle pratique sur la base de l'accord GATT / OMC et de celui sur la libre circulation des personnes sous l'optique du respect du principe de non-discrimination des soumissionnaires. La SSE soutient le principe de lieu de prestations tel que stipulé dans la loi sur les travailleurs détachés et dans les dispositions cantonales sur l'adjudication. Mais il faut pour cela que la Suisse représente une zone de marché unique. D'éventuelles différences locales et / ou régionales dans les conditions de travail en Suisse - pour autant qu'elles ne soient pas indispensables en raison de circonstances particulières-

res, telles que temps de travail dans les régions de montagne - entraînent une distorsion de la concurrence, provoquant par là l'inégalité de traitement.

Selon al. 1 de l'art. 29 du projet, qui complète l'art. 25, l'adjudicateur peut exclure un soumissionnaire de la procédure en cours pour de justes motifs. Sont énumérés quelques cas de manière non exhaustive, dont le non-paiement des impôts. Parmi ces impôts fait p.ex. également partie la RPLP. Ainsi, il faut compléter la let. b al. 1 dans ce sens.

Requête

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; (charges sociales incluses);
- b. les conditions de travail et les dispositions relatives à la protection des travailleurs fixées par l'Etat, y compris celles figurant dans des conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire ainsi que dans les contrats-types de travail avec dispositions sur salaires déclarées de force obligatoire;
- c. ...
- d. _____ (*à abroger*)
- e. ...

2 ...

3 ... Les dispositions en vigueur au lieu où la prestation est exécutée sont en principe déterminantes. La loi sur les travailleurs détachés est applicable aux soumissionnaires étrangers (RS 823.20).

4 (nouveau) L'adjudicateur contrôle si les exigences juridiques sont respectées au moyen de mesures appropriées, telles que des contrôles.

Art. 29 Autres motifs d'exclusion

1 L'adjudicateur peut exclure un soumissionnaire de la procédure en cours pour de justes motifs, notamment si le soumissionnaire

:

- a. ...
- b. ne paie pas ses redevances étatiques, telles qu'impôts; ou
- c. ...

2.13 Art. 26 Exclusion en cas de jugement passé en force

Selon al. 1 de l'art. 26 (projet), l'adjudicateur peut exclure d'une passation de marché le soumissionnaire lorsqu'il a connaissance que celui-ci a fait l'objet d'un jugement passé en force en relation avec son activité commerciale pendant la passation du marché ou durant les trois ans qui ont précédé le début de celle-ci. Font notamment partie des motifs d'exclusion la violation grave des exigences prévues à l'art. 25 al. 1. En complément à notre demande en vue de la mention expresse de CCT déclarées de force obligatoire, les décisions juridiquement valables des commissions professionnelles paritaires font également partie des jugements passés en force. Ces commissions sont compétentes pour l'application des CCT déclarées de force obligatoire selon art. 356 CO et l'art. 6 LECCT.

Nous attirons votre attention sur le fait que le terme juridique "violation grave" indiqué à la let. a de l'al. 1 n'est pas précis et donnera lieu à de nombreuses discussions. Nous attendons donc des précisions de la part du législateur dans le message (des précisions sont à apporter éventuellement dans l'ordonnance).

Requête

Art. 26 Exclusion en cas de jugement passé en force et de violations de dispositions figurant dans des conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire

1 L'adjudicateur exclut d'une passation de marché le soumissionnaire lorsqu'il a connaissance que celui-ci a fait l'objet d'un jugement passé en force en relation avec son activité commerciale pendant la passation du marché ou les trois ans qui ont précédé le début de celle-ci ou en cas de décision juridiquement valable prise à son encontre par une commission professionnelle paritaire en raison de violation d'une convention collective de travail déclarée de force obligatoire, pour une des infractions mentionnées ci-après, à moins que le soumissionnaire puisse démontrer que la situation est à nouveau conforme au droit et qu'il a pris entre-temps toutes les mesures nécessaires et qu'on peut raisonnablement exiger de lui pour éviter à l'avenir une telle infraction:

- a. violation grave et patente des exigences prévues à l'art. 25, al. 1;
- b.
- c.

2 (*inchangé*)

2.14 Art. 28 Exclusion pour préimplication

Selon le projet, l'adjudicateur peut exclure de la passation de marché le soumissionnaire dont on peut reconnaître de manière objective qu'il a acquis un avantage concurrentiel grâce à sa préimplication. Selon le rapport explicatif (p. 46), ceci est la règle si un soumissionnaire a participé de manière "déterminante" à la préparation d'un marché.

Ce libellé donnera lieu à des discussions de sorte que nous proposons que le terme "déterminant" soit précisé dans l'ordonnance.

2.15 Art. 30 – 32 Critères d'évaluation

Chaque soumissionnaire doit être au bénéfice des qualifications requises pour fournir la prestation ou le produit souhaité. Les critères de qualification mentionnés à l'art. 31 al. 2 sont décrits de manière plus précise dans l'annexe 2. Ces critères sont objectifs et n'ont rien à voir avec la prestation proprement dite du soumissionnaire. Dans ce sens, la formulation de l'art. 30 "L'adjudicateur fixe des critères de qualification et d'adjudication (critères d'évaluation) qui se rapportent à la prestation à exécuter et qui sont mesurables" n'est pas concrétisée. Il convient de compléter ledit article en ce sens.

Les critères de qualification et d'adjudication doivent dans tous les cas être connus d'avance. Ils sont donc à mentionner déjà dans l'appel d'offres. Il est très important que les règles du jeu soient déjà connues à ce stade pour garantir la transparence de la procédure et l'acceptation de la décision d'adjudication. Aussi l'art. 38 du projet "Modification des exigences relatives à la prestation et des critères d'évaluation"

est-il en nette contradiction avec cette exigence et est à abroger sans remplacement aucun.

Dorénavant, il est prévu de faire la distinction entre des critères d'adjudication monétaires et non monétaires. Cette distinction est refusée à une large majorité. Concernant les critères monétaires, le message indique en page 50 que pour de nombreuses marchandises, ce ne sont pas les *coûts d'acquisition* qui sont le seul critère déterminant, mais également les coûts totaux; le prix est uniquement un critère d'adjudication parmi de nombreux autres. La SSE partage cet avis et rappellera cette volonté du législateur aux pouvoirs publics à chaque fois qu'ils tenteront de n'adjudger le marché qu'au soumissionnaire économiquement le plus avantageux.

En revanche, il est important dans le déroulement de la procédure que la pondération des critères d'adjudication soit déjà connue dans l'appel d'offres avec les systèmes de notation. Ainsi, le prix ne doit pas être supérieur à 50%. Si le critère "impact environnemental" fait partie des critères d'adjudication, il faut tenir compte également du bilan des émissions occasionnées par les transports, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral. Il va de soi que ce critère ne doit pas être priorisé dans le but de favoriser uniquement des entreprises locales.

Requête

Art. 31 Critère de qualification

1 - 3 (*inchangés*)

4 (nouveau) Les critères de qualification sont communiqués sous une forme appropriée en même temps que l'appel d'offres.

Art. 32 Critères d'adjudication

1 (*inchangé*)

2 **Requête principale:** à supprimer

:

Requête alternative : il faut distinguer entre :

a. ...

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 (y compris les émissions occasionnées par les transports).

3 L'adjudicateur donne connaissance dans les documents d'appel d'offres des critères d'adjudication respectifs avec leur pondération y compris leur conversion en points. La pondération du prix ne doit pas dépasser 50%.

4 (*inchangé*)

2.16 Art. 36 Ouverture des offres

La transparence constitue un point décisif pour une procédure loyale et donc pour les soumissionnaires. Aussi la solution proposée ne répond-t-elle pas à ces exigences.

Les entreprises demandent avec **insistance** que de manière générale, l'ouverture des offres soit publique (c.-à-d. que les soumissionnaires doivent être invités à y participer) et que le procès-verbal ad hoc soit envoyé aux soumissionnaires dans

les deux jours. Ainsi, les soumissionnaires dont les chances sont faibles ont la possibilité de mettre un terme au projet et de se dédier à d'autres tâches. Selon le rapport explicatif (p.52), des craintes sont émises quant à l'éventualité d'ententes si des négociations sont encore menées après l'ouverture des offres. Aux yeux de la SSE, ces craintes sont infondées : elle s'oppose catégoriquement à des négociations sur les prix.

Requête

Art. 36 Ouverture des offres

1 (*inchangé*)

2 Il ouvre les offres remises dans les délais en présence de deux personnes au moins, lesquelles garantissent la légalité de la procédure.

3 (*inchangé*)

4 L'ouverture des offres est publique et l'adjudicateur envoie aux soumissionnaires le procès-verbal sur leur ouverture dans les deux jours.

2.17 Art. 37 Rectification des offres

Selon l'al. 1 dudit article, l'adjudicateur a la possibilité de rectifier les offres du point de vue matériel, technique et comptable. Il n'y a rien à objecter à cette procédure tant qu'il s'agit d'aspects techniques ou inhérents au calcul des prix. En revanche, les rectifications matérielles peuvent amener l'adjudicateur à modifier les règles du jeu, ce qui est en contradiction avec les principes de transparence et d'égalité de traitement. **Par conséquent, la SSE s'oppose fermement à une rectification matérielle des prestations de construction.**

La SSE approuve la possibilité donnée à l'adjudicateur selon al. 3 de demander des précisions si le prix d'une offre est anormalement inférieur aux autres. A son avis cependant, la formulation "peut demander des précisions au soumissionnaire" n'est pas assez contraignante et laisse à l'appréciation de l'adjudicateur s'il veut y procéder ou non. La SSE demande expressément que l'adjudicateur **soit tenu** de procéder à des éclaircissements. De plus, ce dernier doit engager les mesures nécessaires (telles que fixation dans le contrat d'entreprise) afin que le chantier soit contrôlé régulièrement par une commission professionnelle paritaire. L'objectif est que les dispositions de l'art. 25 du projet soient observées également pendant l'exécution des travaux.

Requête**Art. 37 Rectification des offres**

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

2 (*inchangé*)

3 Si l'adjudicateur reçoit une offre dont le prix est anormalement inférieur aux autres, il doit demander des précisions au soumissionnaire afin de s'assurer qu'il n'existe aucun motif d'exclusion au sens des art. 25 et 26 et que les critères de qualification (art. 31) sont remplis, avant qu'il n'examine et évalue les critères d'adjudication. Il prend les mesures qui s'imposent afin que les exigences juridiques fixées à l'art. 25 et 26 soient remplies pendant l'exécution du mandat.

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

Selon le projet, 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. Cette solution incite précisément à manipuler l'appel d'offres et à optimiser après coup l'offre globale. Ce faisant, le principe de transparence et d'égalité de traitement juridique peut être violé car la délimitation entre modification essentielle et non essentielle s'avère difficile. La pratique actuelle consiste à procéder à des modifications non essentielles dans le cadre de négociations sur le contrat d'entreprise; en cas de modifications essentielles, il faut stopper la procédure selon art. 57 al. 1 let. d.

Requête

Art. 38 (*à abroger*)

2.19 Art. 39 Adjudication et art. 41 Dispositions cantonales dérogatoires

L'al. 2 de l'art. 39 met au premier plan l'offre économiquement la plus avantageuse. L'adjudicateur peut adjuger exclusivement les prestations standardisées selon le critère du prix le plus bas (al. 4). De plus, la distinction entre critères non-monétaires et monétaires peut prêter à confusion. Cela peut déboucher sur le fait que pour les critères monétaires, c'est le prix le plus bas qui est déterminant et devient également décisif pour l'adjudication. Pour cette raison, notre demande principale est de supprimer la distinction entre monétaire - non monétaire (cf. ci-dessus 2.15, concernant art. 32). Si la distinction est tout de même maintenue, il faudra s'assurer qu'une appréciation globale soit effectuée.

Nous exigeons de l'adjudicateur qu'il n'adjuge pas simplement le marché au soumissionnaire proposant l'offre la plus basse, mais qu'il procède à une évaluation objective pour laquelle le prix ne représente pas plus de 50%. Il faut toutefois se garder de manipuler les autres critères dans le but que le prix représente en fin de compte le seul et unique élément de décision. Par conséquent, il faut supprimer la distinction entre monétaire et non-monétaire et procéder à une appréciation globale.

L'al. 5 prévoit pour des offres équivalentes de prendre en considération le nombre de places de formation offertes en tant que critère déterminant. Il s'agit là en effet d'un critère important et d'un soutien en faveur de la place de formation "Suisse". Cependant, cette solution est peu utile et n'est pas très prospective, même si elle est populaire sur le plan politique. Il y a le risque que les soumissionnaires proposent des places de formation uniquement pour la forme afin de renforcer leurs chances lors des adjudications. Même si des contrats d'apprentissage sont effectivement conclus, cela ne peut empêcher un éventuel manque de sérieux accordé à la formation. De plus, ce critère doit jouer un rôle déjà pour des offres approximativement équivalentes. Il ne saurait entrer en ligne de compte que pour les offres simplement équivalentes, car cette situation ne se rencontre pratiquement pas..

Nous demandons de considérer comme critère déterminant le nombre d'apprentissages achevés avec succès au cours des trois dernières années avant l'adjudication et non pas le nombre de places de formation.

En vertu de l'art. 41, les cantons peuvent, dans leur domaine de compétence, déroger aux art. 39, al. 2 à 5, et 40. La large marge de manœuvre octroyée pour l'application des critères laisse une latitude suffisante aux cantons pour prendre en considération leurs particularismes. **Par conséquent, nous demandons que cet article soit supprimé.**

Requête

Art. 39 Adjudication

1, 2 et 4 (*inchangés*)

3 Il détermine l'offre économiquement la plus avantageuse en évaluant les offres en fonction des critères d'adjudication monétaires et non monétaires selon un paramètre objectif connu au préalable. Le critère prix doit être pondéré à raison de 50% au maximum lors de l'évaluation; l'art. 37 al. 3 est applicable aux offres anormalement basses.

5 Il départage les offres approximativement équivalentes compte tenu de la mesure dans laquelle le soumissionnaire a formé des apprentis avec succès au cours des trois dernières années.

Art. 41 Dispositions cantonales dérogatoires

A abroger

2.20 Art. 47 Négociation

L'accord intercantonal AIMP ne permet aucune négociation contrairement à la LMP en vigueur. En dépit de la vive opposition des branches de l'artisanat, la Confédération a réintroduit une disposition autorisant l'adjudicateur à mener des négociations également sur le prix.

Le rapport explicatif (p. 62) indique plusieurs raisons militant en faveur de négociations sur les prix et constate que l'on peut remédier au risque d'abus de position dominante au moyen de la loi sur les cartels. Ces constatations ne sont guère convaincantes et ne sont approuvées ni par les milieux économiques, ni par les cantons. La procédure d'adjudication est contournée au moyen des négociations sur les prix. Une partie des soumissionnaires majorent leur prix afin d'obtenir une marge de

négociations et de son côté, l'adjudicateur admet qu'il doit y avoir encore une latitude pour agir. Cela conduit par la force des choses à une forme de bazar quant au prix et contraint l'adjudicateur à abuser effectivement de sa position dominante pour confirmer l'hypothèse de prix surélevés. Les négociations sur les prix sont concevables uniquement pour des biens standardisés, tel que prévu à l'art. 39 al. 4 du projet.

Aussi les négociations sur les prix sont-elles inacceptables et cette pratique est rejetée catégoriquement par la branche de la construction. Il faut préciser dans la loi que des rondes de sous-enchères sont interdites.

Requête

Art. 47 Négociation

1 Les négociations sur le prix, le volume de prestations ou le rapport prix/prestation ne sont pas autorisées sous réserve de l'art. 39 al. 4. de cette loi.

2 (à abroger)

2.21 Art. 48 Enchère électronique

L'enchère électronique est une procédure usuelle dans les pays de l'UE, raison pour laquelle la Confédération entend également prévoir cette possibilité dans le droit suisse sur les marchés publics. Le rapport explicatif mentionne aux p. 63 ss des cas pour lesquels ce type d'enchère est qualifié d'approprié.

Les entreprises estiment cette procédure inadéquate et irréalisable pour les prestations de construction. Pour cette raison, la SSE exige que le législateur mentionne de manière exhaustive les cas pour lesquels les enchères électroniques peuvent entrer en ligne de compte ou qu'il énumère les situations pour lesquelles cette pratique est inappropriée.

2.22 Art. 49 Listes permanentes

Les listes permanentes sont possibles selon art. IX de l'Accord sur les marchés publics GATT / OMC. Pour cette raison, la Confédération entend également prévoir cette possibilité dans le droit suisse sur les marchés publics. Le canton de Thurgovie a du reste introduit de telles listes pour la branche de la construction en collaboration avec les milieux économiques. Les expériences sont positives et les tâches administratives relativement minimales. La Confédération utilise également de telles listes dans plusieurs secteurs. On peut se poser la question s'il ne faudrait pas créer une liste centralisée afin de mieux garantir la vue d'ensemble et de simplifier les procédures administratives. Il est juste que le recours ou non à cet instrument demeure du ressort des cantons.

2.23 Art. 52 Délais minimaux / Art. 53 Raccourcissement

L'Accord sur les marchés publics du GATT / OMC prévoit des délais minimaux, Ceux-ci sont indiqués à l'art. 52 du projet. Ces délais s'avèrent souvent comme étant trop courts dans la construction pour des gros appels d'offres. Ainsi, il n'est pas rare que les soumissionnaires doivent en demander une prolongation. Une solution souple est recommandable dans ce cas.

Il arrive fréquemment que l'appel d'offres soit déjà publié alors que les documents pour les soumissionnaires ne sont pas encore disponibles à ce moment-là. Il se peut que plusieurs jours s'écoulent avant que ces documents ne parviennent enfin aux destinataires qui en sont tributaires pour élaborer leurs offres. Tout cela montre que cette situation n'est pas satisfaisante. Une meilleure coordination entre la publication de l'appel d'offres et l'élaboration des documents de soumissions peut épargner bien des contrariétés dues à des délais impartis trop courts. **Ainsi, la SSE demande qu'il soit procédé à la publication de l'appel d'offres uniquement lorsque tous les documents sont disponibles.**

En vertu de l'art. 53, l'adjudicateur peut désormais raccourcir ces délais si l'appel d'offres est publié par voie électronique. Dans la construction, la publication sous cette forme a peu de rapport avec l'appel d'offres proprement dit. Nous demandons par conséquent que cela soit clairement stipulé dans la loi.

Requête

Art. 53 Raccourcissement

1 L'adjudicateur peut, pour la présentation des offres, raccourcir le délai minimal de 40 jours à 25 jours à raison de cinq jours pour chacun des cas suivants, pour autant qu'il ne s'agisse pas de prestations de construction.

- a. ...
- b. ...
- c. ...

2 (*inchangé*)

2.24 Art. 57 Interruption de la procédure

L'Accord sur les marchés publics du GATT / OMC prévoit que les procédures d'adjudication peuvent être interrompues (art. XV:5 de l'Accord révisé). Le projet de LMP indique de manière détaillée quand et comment l'interruption de ces procédures est autorisée: en cas de violations de la loi sur les cartels (al. 1 let. b) ou lorsqu' aucune offre ne remplit les exigences impératives relatives à la prestation (al. 1 let. a).

Il faut en principe s'opposer aux raisons telles que modifications des conditions techniques ou financières (al. 1 let. b) ou si l'adjudicateur modifie substantiellement les exigences (al. 1 let. d). Nous attendons de ce dernier qu'il prépare minutieusement une soumission en étudiant attentivement les conditions-cadres et en s'informant des décisions politiques requises. Un appel d'offres ne saurait uniquement servir à évaluer la faisabilité d'un projet et à en déterminer les coûts, pratique qui s'est produite à plusieurs reprises récemment. Dans ce sens, il faut que l'on soit en présence d'indices graves de comportement contraire aux cartels (cf. art. 57 al. 1 let. c). Tout appel d'offres de volume important entraîne des charges financières et personnelles considérables pour le soumissionnaire. Au cas où la Confédération devrait tout de même admettre les raisons telles que celles figurant à la let. b et d, la SSE exige que les soumissionnaires non pris en considération soient indemnisés des charges qu'ils ont subies. Si les circonstances le justifient, la procédure d'appel d'offres peut être poursuivie avec les soumissionnaires qui n'ont rien à voir avec ce comportement contraire au droit des cartels.

Requête**Art. 57 Interruption de la procédure**

1 L'adjudicateur peut à titre exceptionnel interrompre la procédure si un intérêt public prédomine, notamment dans un des cas suivants:

a. aucune offre ne remplit les exigences impératives relatives à la prestation;

b. *(abroger)*

c. il a un soupçon fondé d'un comportement contraire au droit des cartels resp. si on est en présence d'indices graves à cet égard.

d. s'il résulte des modifications importantes des conditions-cadres.

2 (inchangé)

3 (nouveau) Si une procédure est interrompue selon al. 1 let. d, les soumissionnaires doivent être indemnisés dans leur intégralité des dépenses occasionnées pour la remise de l'offre. Cela vaut en principe aussi dans le cas de l'al. 1 let. c pour les soumissionnaires n'ayant pas eu un comportement contraire au droit des cartels; l'adjudicateur peut toutefois poursuivre aussi la procédure avec ces soumissionnaires à titre exceptionnel.

2.25 Art. 68 Principe

L'Accord sur les marchés publics (AMP) du GATT / OMC (art. XX) prévoit une protection juridique uniquement pour des adjudications supérieures aux seuils déterminants (5 millions de droits de tirage spéciaux pour celles portant sur des prestations de construction). L'art. 68 du projet de loi le mentionne encore une fois et ce principe est précisé dans le rapport explicatif (p. 72). Aucune protection juridique n'est prévue pour des valeurs inférieures aux seuils déterminants. L'application correcte du droit sur les marchés publics devrait selon le rapport explicatif être garantie par un système de surveillance conçu de manière efficace.

En revanche, certaines parties concernées ont objecté à plusieurs reprises que la protection juridique devait également être garantie pour des adjudications inférieures aux seuils déterminants (cela concerne la plupart des adjudications). Leur postulat est à prendre au sérieux. La Confédération et les cantons sont invités à prendre des mesures dans ce sens afin qu'une protection juridique suffisante soit garantie dans ce cas (les cantons sont libres quant à la fixation de la voie de droit pour les adjudications inférieures aux seuils déterminants, le droit fédéral n'a pas la possibilité de fixer des dispositions à ce sujet). Les entreprises demandent notamment que des voies de recours soient également possibles pour la procédure sur invitation, mais bien entendu uniquement pour les soumissionnaires invités. Il convient d'ajouter un al. 2 afin de prévenir tout malentendu, c.-à-d. que l'on ne peut faire valoir le droit à participer à une procédure invitant à soumissionner; les autorités décident en toute liberté qui elles entendent inviter.

La SSE demande à la Confédération de trouver des mesures appropriées dans le but de garantir une protection juridique efficace également pour des adjudications inférieures aux seuils déterminants.

Requête**Art. 68 Principe**

1 Les voies de droit au sens de la présente loi ___ sont ouvertes ___ pour les marchés pour lesquels les seuils déterminants en procédure d'appel d'offres ouverte, sélective ou procédure invitant à soumissionner sont atteints ou dépassés, indépendamment du type de procédure effectivement choisi.

2 La procédure d'appels d'offres sur invitation ne permet pas de faire valoir un droit à participer au marché.

2.26 Art. 70 Langue

La question de la langue revêt une très grande importance dans un pays polyglotte comme la Suisse.

Les régions attirent l'attention sur le fait qu'une décision d'adjudication devrait toujours être rédigée dans la langue parlée au lieu de la prestation. La SSE appuie cette revendication.

Requête**Art. 70 Langue**

1 Les décisions sujettes à recours sont rédigées en français, en allemand ou en italien. La décision doit dans tous les cas être également rédigée dans la langue officielle parlée au lieu de la prestation.

2 (*inchangé*)

2.27 Art. 73 Qualité pour recourir

Le projet de loi indique qui a qualité pour recourir. Conformément à l'Accord sur les marchés publics du GATT / OMC, il s'agit tout naturellement d'un soumissionnaire concerné. La raison pour laquelle un service adjudicateur serait habilité à attaquer une décision provenant d'une instance de recours ne transparaît de nulle part.

Dans plusieurs cas, les documents d'adjudications ne répondent pas aux exigences légales. Les concurrents seront contrariés et s'en accommoderont d'un grincement de dents; ils ne feront pas recours par crainte d'être pénalisés lors de l'adjudication du marché. **On peut cependant remédier à cette situation en spécifiant que l'association professionnelle ou de branche compétente est expressément autorisée à faire recours, en lieu et place de ses membres, contre de telles adjudications.** Les conditions générales pour présentation de recours par des associations doivent être en vigueur (cf. Häfelin / Müller, Uhlmann, droit administratif général, 5^e édition, Zurich, Rz 1786 ss).

Requête**Art. 73. Qualité pour recourir**

1 Les soumissionnaires qui ont leur siège ou une filiale en Suisse ont qualité pour recourir.

2 Les soumissionnaires étrangers ont qualité pour recourir dans la mesure où leur pays accorde la réciprocité aux soumissionnaires suisses.

3 (à abroger)

4 (nouveau) Les associations professionnelles et de branche sont habilitées à recourir, contre un appel d'offres et de demander un examen par un tribunal pour savoir si cet appel d'offres correspond aux exigences légales.

2.28 Art. 76 Effet suspensif

Au cours des dernières années, la question de l'effet suspensif d'un recours était vivement contestée dans les milieux politiques, mais aussi entre juristes. L'adjudication par l'entreprise ATG du lot d'Erstfeld, ainsi que celui relatif à la technique ferroviaire dans le tunnel de base du Gothard ont mis au grand jour cette problématique ainsi que les coûts engendrés. C'est à juste titre que la Confédération entend atténuer ces difficultés par une nouvelle solution. Elle propose de s'appuyer en principe sur le droit administratif fédéral (en vertu de ce droit, un recours a un effet suspensif conformément à la loi). Cependant, à ses yeux, il convient de restreindre ce principe lorsque l'intérêt du pays l'impose (al. 2). De plus, le Conseil fédéral doit être autorisé à publier, au moyen de l'ordonnance, une liste d'ouvrages publics et de mandats fédéraux pour lesquels l'instance de recours peut uniquement établir que la décision attaquée viole le droit en vigueur.

Cette proposition du Conseil fédéral est rejetée à l'unanimité. La réglementation de l'art. 17 du concordat intercantonal, qui a fait ses preuves dans l'intervalle, peut être prise en compte aux yeux des entreprises. En vertu de cette réglementation, le recours en tant que tel n'a pas d'effet suspensif. Si un recours est déposé, le recourant doit tout d'abord l'exiger. S'il faut s'attendre à un inconvénient de taille selon l'art. 17 al. 3 du concordat intercantonal, le recourant peut être tenu de fournir une prestation de garantie. Cette solution s'est avérée efficace dans les cantons; actuellement, on n'a en effet pour ainsi dire plus connaissance de cas retardant la procédure de recours.

A notre avis, la proposition figurant à l'art. 76 al. 4 selon laquelle le Conseil fédéral peut publier une liste des ouvrages publics et des tâches de la Confédération dont l'adjudication ne déploie qu'une protection juridique restreinte est inappropriée.

Requête**Art. 76 Effet suspensif**

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

2 L'instance de recours accorde sur demande ou d'office l'effet suspensif si le recours semble motivé de matière suffisante et si des intérêts publics ou privés ne s'y opposent pas de façon prédominante.

3 Si l'effet suspensif est reconnu sur demande du recourant, ce dernier peut dans un délai utile être tenu de fournir des sûretés au titre des frais de procédures et d'indemnités éventuelles des parties. Si la sûreté n'est pas fournie dans le délai imparti, l'effet suspensif ne sera pas accordé.

4 Le recourant doit réparer le dommage causé à des tiers ou à l'adjudicateur suite à une demande infructueuse d'effet suspensif.

2.29 Art. 78 Etendue de la réparation due au soumissionnaire

L'Accord sur les marchés publics du GATT / OMC (art. XVIII:7 let. c de l'accord révisé) prévoit des dommages-intérêts en faveur du soumissionnaire adressant un recours au cas où ce dernier se serait vu adjudger le marché avec une très grande probabilité. La Confédération veut uniquement fixer comme disposition que les charges sont à indemniser si elles sont en relation avec la procédure relative aux marchés publics et à la protection juridique (charges pour l'établissement de l'offre, dépenses totales pour la procédure de protection juridique et indemnisation équitable).

Les entreprises rejettent cette indemnisation minimale. En cas d'adjudication contraire au droit, l'indemnité doit être sensiblement supérieure (il faut se référer pour cela aux marges contributives dont les parties intéressées ont été privées).

Requête**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 intégral de ses dépenses en relation avec la passation de marché et la procédure de recours de même qu'à l'attribution d'une indemnisation équitable.

2 (*inchangé*)

2.30 Art. 81 Dommages-intérêts de l'adjudicateur

Le législateur veut obliger le soumissionnaire déposant un recours à verser des dommages-intérêts à l'adjudicateur si ce recours est manifestement infondé et que l'adjudicateur a subi un dommage pour cette raison.

La disposition figurant dans le projet peut entraîner une interprétation extensive, à savoir qu'un soumissionnaire déposant un recours doit pratiquement dans tous les cas s'attendre à être tenu de verser des dommages-intérêts; ceci ne correspond pas au but de la procédure de recours et est également en contradiction avec l'esprit de l'Accord sur les marchés publics du GATT / OMC. Il ne peut s'agir ici que de recours

exagérés ou abusifs. Si le soumissionnaire est tenu de verser des dommages-intérêts, le montant s'élève aux frais de procédures supplémentaires subis par l'adjudicateur en raison du recours exagéré ou abusif.

Requête

Art. 81 Dommages-intérêts de l'adjudicateur

1 Le soumissionnaire qui dépose à des fins abusives un recours manifestement infondé répond envers l'adjudicateur du dommage directement causé par la procédure de protection juridique qu'il a engagée.

2 (*inchangé*).

2.31 Art. 82 – 86 Surveillance, coordination et statistique

Selon l'art. 82, la Confédération et les cantons veillent à une surveillance efficace dans leur domaine de compétence. Il faut également y associer les soumissionnaires. C'est uniquement par cette procédure qu'il sera possible de garantir une surveillance efficace.

Art. 85 al. 4 – Composition de la Commission suisse des marchés publics: en l'occurrence, l'économie ainsi que les communes et les villes doivent également y être représentées. De telles commissions nationales se sont en principe avérées efficaces. Il est cependant important que tous les cercles directement concernés puissent y siéger également (p.ex. CFST).

De plus, il faudrait examiner si le recours à une médiation ne pourrait pas s'avérer utile dans de nombreux cas.

Par conséquent, nous demandons que les milieux économiques soient représentés dans la commission pour les marchés publics (art. 85).

2.32 Annexes

Annexe 1 Contenu minimal de l'appel d'offres

La SSE demande que les critères d'adjudication mentionnés au ch. 5 soient toujours pondérés et non pas seulement au cas par cas.

Concernant le ch. 7, nous exigeons que le laps de temps pendant lequel le soumissionnaire est lié à son offre soit de six mois au maximum.

Annexe 2 Critères de qualification et preuves

Il faut prêter toute l'attention voulue aux critères de qualification. La liste figurant à l'annexe 2 ne peut être appliquée dans son intégralité qu'à des projets volumineux et complexes.

Pour résumer, nous estimons que le projet constitue une bonne base pour un droit national uniforme en matière de marchés publics. Le projet donne sur plusieurs points la possibilité aux cantons de rechercher comme jusqu'ici leurs propres solu-


tions. La voie proposée est bel et bien la seule qui soit appropriée compte tenu de l'absence de base constitutionnelle pour une unique législation nationale, sans oublier les réserves émises par les cantons.

Nous avons indiqué des propositions de modification pour plusieurs articles. Celles-ci se réfèrent aux expériences pratiques et sont issues d'une procédure de consultation interne menée à une large échelle. D'ores et déjà, nous vous remercions de bien vouloir prendre en considération nos propositions.

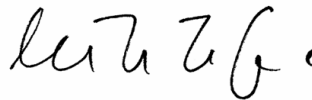
Le soussigné de droite se tient volontiers à votre disposition pour tout complément d'information désiré (tél. 044 258 82 80).

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Directeur, Madame, Monsieur, nos salutations distinguées.

Société Suisse des Entrepreneurs



CN Werner Messmer
Président central



Heinrich Bütikofer, avocat
Sous-directeur

Copie

- constructionsuisse
- Union suisse des arts et métiers (USAM)
- economiesuisse
- Union patronale suisse (UPS)
- Groupe de parlementaires
- Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP)
- Cantons (directions des travaux publics)
- Suva, Berne
- comité central, sections et groupes professionnels de la Société Suisse des Entrepreneurs (SSE)