

Vergabe News Nr.
version française

23

La révision de la Loi sur les marchés publics est achevée

La Loi fédérale sur les marchés publics (LMP), entièrement révisée, a été approuvée par le Conseil national et le Conseil des Etats dans le vote du 21 juin 2019 adoptée à l'unanimité. Au cours de plusieurs sessions, l'Assemblée fédérale a débattu en profondeur le projet de loi, a traité 160 modifications et a finalement pu éliminer toutes divergences entre les deux chambres. Quelles nouveautés ? Un bref aperçu.

Révision du droit des marchés publics

Nous avons déjà commenté à plusieurs reprises la révision de la Loi sur les marchés publics. La Loi fédérale sur les marchés publics entièrement révisée (nLMP) a été adoptée, le 21 juin 2019, à l'unanimité par le Parlement. Il s'agit donc ici de passer en revue les aspects saillants du texte révisé. Cette Newsletter en langue française est une version adaptée et mise à jour de la Newsletter n° 23 en langue allemande de juillet 2019.



Par **Pandora Kunz-Notter**
Avocate, Dr. iur.
Managing Associate
Telefon +41 58 658 29 30
pandora.kunz@walderwyss.com



et **Hugh Reeves**
Avocat, LL.M.
Senior Associate
Téléphone +41 58 658 52 73
hugh.reeves@walderwyss.com

La LMP révisée est acceptée

Le 30 mars 2012, la Suisse a signé l'accord révisé de l'OMC sur les marchés publics (**AMP 2012**). Afin de mettre en œuvre l'accord, le Conseil fédéral a adopté, le 15 février 2017, un projet de révision intégrale de la Loi fédérale sur les marchés publics (**P-LMP**). Après d'intenses discussions au Parlement, le Conseil national et le Conseil des Etats ont approuvé à l'unanimité la Loi fédérale sur les marchés publics (**nLMP**) entièrement révisée lors du vote final du 21 juin 2019. Le délai pour le référendum facultatif était fixé au 10 octobre 2019, et n'a pas été utilisé. Le texte de l'Ordonnance sur les marchés publics révisée (**nOMP**) a quant à lui été approuvé le 12 février 2020. La nLMP et la nOMP entreront en vigueur le 1er janvier 2021. Le 15 novembre 2019, les cantons – par le biais de l'Autorité intercantonale sur les marchés publics (**AiMP**) – ont adopté le texte révisé de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (**AiMP**), passant ainsi la balle aux cantons pour ratifier le concordat et transposer les exigences dans les droits cantonaux respectifs. Dans le cadre de la procédure d'élimination des divergences, le Parlement a dû se prononcer sur des questions importantes concernant la nouvelle Loi sur les marchés publics. La nLMP telle qu'adoptée contient des différences par rapport au projet initial du Conseil fédéral du 15 février 2017 (P-LMP), mais, malgré certaines modifications importantes, celles-ci restent globalement raisonnables.

Dans cette Newsletter sur les marchés publics, nous souhaitons mettre en exergue les différences les plus impor-

tantes entre la Loi sur les marchés publics telle qu'adoptée (nLMP) et l'ancien projet de loi du Conseil fédéral (P-LMP).

Le principe du lieu d'exécution au lieu du principe du lieu d'origine

Il est de pratique constante que, dans les procédures de marchés publics, les soumissionnaires doivent respecter des conditions minimales de protection des travailleurs. Au Parlement, la discussion a porté sur le point de savoir quelles normes devraient être déterminantes : les dispositions applicables au lieu de la prestation ou celles applicables au lieu d'origine du prestataire de services. Dans son projet, le Conseil fédéral avait proposé une règle différenciée : les soumissionnaires suisses devraient être soumis au principe du lieu d'origine conformément à la Loi sur le marché intérieur (**LMI**), tandis que les soumissionnaires étrangers – auxquels la LMI ne s'applique pas – devraient être soumis aux dispositions du lieu d'exécution (art. 12, al. 1 P-LMP). Cela aurait notamment permis de réduire la charge administrative pour les entreprises opérant dans toute la Suisse en leur évitant de devoir vérifier et respecter des réglementations différentes selon le lieu d'exécution. Contrairement à la proposition du Conseil fédéral, le Parlement s'est prononcé en faveur du principe du lieu de la prestation à l'article 12 al. 1 nLMP. Pour que les services puissent être rendus au niveau national, il faut donc toujours respecter les réglementations en matière de santé et de sécurité au travail et les conditions de travail sur le lieu d'exécution de la pres-

tation. Avec cette décision, le Parlement a donné plus de poids au fédéralisme (différences cantonales dans les conditions de travail, les conventions collectives de travail et les réglementations salariales) qu'à la notion de marché unique. En même temps, une différence avec la LMI a été créée, ce qui soulèvera quelques questions lors de la mise en œuvre.

Différences des niveaux de prix

L'autorité contractante examine les offres sur la base de critères d'attribution liés aux performances. Suite aux discussions parlementaires, de nouveaux critères d'attribution ont été inclus dans la liste de l'article 29 al. 1 nLMP (notamment la fiabilité du prix et les différents niveaux de prix). En particulier, la prise en compte des « différences de pouvoir d'achat » ou des « différents niveaux de prix pratiqués dans les pays où la prestation est fournie » a été débattue. Cela devrait - de l'avis du Conseil national - tenir compte du fait que des niveaux de salaires et de prix inférieurs prévalent souvent à l'étranger (mais pas toujours : en Norvège, par exemple, la production est plus chère qu'en Suisse). Les entreprises étrangères qui bénéficient de coûts de production réduits ne devraient pas en profiter dans les procédures de passation de marchés en Suisse. Le Conseil fédéral n'est pas le seul à avoir souligné, lors des débats parlementaires, que la prise en compte de niveaux de prix inférieurs à l'étranger est discriminatoire et ne respecte pas les règles de l'OMC (violation du principe du traitement national). Lors de la conférence de conciliation, un compromis a été trouvé entre le Conseil national et le Conseil des Etats selon lequel le critère des « différents niveaux de prix » ne pouvait être pris en compte que si les « engagements internationaux de la Suisse » étaient respectés (cf. art. 29 al. 1 nLMP). Par conséquent, les différents niveaux de prix des appels d'offres internationaux dans le domaine des accords internationaux ne seront pas pris en compte dans l'évaluation des offres, car il y a toujours un risque de discrimination à l'encontre des soumissionnaires étrangers et de violation du droit de l'OMC. Il n'est pas

nécessaire d'examiner ici si la discrimination à l'encontre des fournisseurs nationaux (par rapport aux pays d'origine dont les niveaux de prix sont plus élevés) resterait autorisée, car cette option semble plutôt théorique. Toutefois, en dehors du domaine des traités internationaux, le critère des différents niveaux de prix pourrait être pris en compte de la même manière que pour la formation en apprentissage. En se référant aux engagements internationaux de la Suisse, il a été possible d'éviter à la fois une notification au comité AMP et un cas d'application de la pratique Schubert.

Avantageux plutôt que bon marché

Désormais, c'est l'offre « *la plus avantageuse* » qui remporte le marché (art. 41 nLMP), et non plus l'offre « *économiquement la plus avantageuse* » comme auparavant (art. 41 al. 1 P-LMP). Avec la formulation adaptée de l'article 41 nLMP, le changement de paradigme en droit des marchés publics est confirmé. Ainsi, selon les majorités parlementaires, aux fins d'attribution du marché, le prix de la prestation n'est plus le seul facteur et il faut plutôt évaluer l'ensemble de l'offre selon les critères de l'article 29 al. 1 nLMP. La concurrence en matière de qualité doit être intensifiée afin de renforcer la place économique suisse. Cependant, l'on s'abstiendra de surestimer ces changements de sémantique. En effet, dans les langues originales de l'AMP (1994 et 2012), les termes « *most advantageous* », respectivement « *plus avantageuse* », ont toujours été utilisés. La prise en compte de la qualité du service n'est pas non plus - heureusement - complètement inédite.

Langues

En ce qui concerne la langue de l'appel d'offres, le projet du Conseil fédéral prévoyait que pour les marchés soumis aux accords internationaux, un résumé devait être publié dans une autre langue officielle (art. 48 al. 4 P-LMP). En outre, la compétence de réglementer les langues de la publication, des documents d'appel d'offres, des soumissions des soumissionnaires et de la procédure devait être entièrement déléguée au Conseil fédéral

(art. 48, al. 5, P-LMP). Contrairement au projet du Conseil fédéral, l'article 48 al. 5 nLMP contient désormais des principes spécifiques à cet égard. Ainsi, les marchés de construction (ainsi que les fournitures et services connexes) doivent être mis au concours et adjudgés dans la langue officielle du lieu où la construction est prévue et dans au moins une autre langue officielle. S'agissant des fournitures et des services, les appels d'offres et les adjudications doivent se faire dans au moins deux langues officielles. Enfin, cette disposition précise également que les communications des soumissionnaires sont autorisées dans toutes les langues officielles. Le Conseil fédéral a réglementé les aspects relatifs à la langue dans plus de détails à la section 5 (articles 20 ss) de la nOMP.

Sanctions et liste noire

Les soumissionnaires et les sous-traitants qui enfreignent certaines dispositions de la nLMP (en particulier les normes anticorruption, qui ont été renforcées) peuvent être avertis et exclus des futurs marchés publics pour une période allant jusqu'à cinq ans conformément à l'article 45 alinéa 1 nLMP. Une telle interdiction est désormais inscrite sur une liste centralisée (« *liste noire* »), en précisant dans chaque cas les motifs et la durée de l'exclusion (art. 45 al. 3 nLMP). La liste n'est pas accessible publiquement et l'accès sur la base de la Loi sur la transparence (LTrans) n'est pas non plus possible. Toutefois, la Confédération, les cantons et tous les pouvoirs adjudicateurs peuvent consulter les informations contenues dans la liste en ce qui concerne des soumissionnaires participant à un appel d'offres spécifique. Alors que l'exclusion (à l'exception d'une exclusion pour corruption) ne s'applique qu'au pouvoir adjudicateur concerné, les autres pouvoirs adjudicateurs peuvent fonder une exclusion individuelle sur l'inscription sur la liste. Une fois que la sanction a pris fin, l'inscription doit être supprimée (art. 45, al. 3, nLMP).

Voies de droit

Les recours contre un certain nombre de décisions des pouvoirs adjudicateurs (à savoir appel d'offres, attribution du marché, exclusion et interruption) peuvent être introduits devant le Tribunal administratif fédéral (respectivement, au niveau cantonal : par-devant le tribunal administratif compétent) (art. 52, al. 1, nLMP). En dehors du champ d'application des accords internationaux, seule la protection dite secondaire est prévue au niveau fédéral (art. 52 al. 2 nLMP). Ainsi, uniquement la constatation de l'illégalité de la décision contestée peut être exigée en appel. Cependant, une demande de dommages et intérêts peut être liée à cette demande de jugement déclaratif (« *adhésion* ») selon l'article 58 al. 3 nLMP, ce qui est une nouveauté intéressante. Le Conseil des États voulait initialement supprimer l'article 52 al. 2 nLMP (ou l'article 52 al. 2 P-LMP), ce qui aurait résulté en une protection juridique complète également en-dehors du domaine des accords internationaux. Par rapport à la situation actuelle, cela aurait entraîné un travail supplémentaire considérable tant pour les pouvoirs adjudicateurs que les tribunaux. Au cours de la procédure de règlement des différends, le Conseil des États a finalement suivi le Conseil national et a accepté la restriction des voies de droit en-dehors du domaine des accords internationaux, comme l'avait proposé le Conseil fédéral.

La lettre d'information de Walder Wyss commente les nouveaux développements et les sujets importants du droit suisse. Les informations et les commentaires qu'elles contiennent ne constituent pas un avis juridique et toute mesure prise en réponse à ces informations ne doit pas être prise sans avis juridique spécifique.

Walder Wyss SA, Zurich, 2020