

**Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil**

à l'appui

- d'un projet de loi portant modification de la loi portant adhésion à l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP)
- d'un projet de loi portant modification de la loi cantonale sur les marchés publics (LCMP)
- d'un projet de loi portant modification de la loi sur les communes

(Du 10 septembre 2003)

---

Monsieur le président, Mesdames et Messieurs,

**RESUME**

*Le présent rapport a un triple objet: en effet, il vous est soumis à l'appui de trois projets de lois distincts, le premier portant adhésion à l'accord intercantonal du 15 mars 2001 modifiant l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP), modifications entrées en vigueur les 28 janvier, 6 mai et 5 août 2003 dans six cantons, le deuxième modifiant la loi cantonale sur les marchés publics (LCMP), du 23 mars 1999, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1999 et le troisième modifiant la loi sur les communes, du 21 décembre 1964. La révision de ces trois textes législatifs a une double origine: elle est liée d'une part à la nécessité de transposer, dans le droit interne, les nouvelles obligations internationales contractées par la Suisse et l'Union européenne, suite à l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> juin 2002, du septième accord bilatéral sur certains aspects relatifs aux marchés publics, du 21 juin 1999. Cette révision est dictée, d'autre part, par le souci de procéder à une harmonisation des pratiques cantonales, pour les marchés publics non soumis aux traités internationaux, afin de satisfaire aux exigences légales posées par la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI), du 6 octobre 1995. Au vu de la complexité et de la multitude des sources du droit des marchés publics, de rang international, fédéral, intercantonal et cantonal, le présent rapport relate tout d'abord, par le biais d'un bref aperçu, la situation juridique actuelle, avant d'exposer le premier volet de cette révision, en s'attardant quelque peu sur les motifs, l'objet et l'étendue des modifications de l'AIMP du 15 mars 2001. Viennent ensuite l'examen détaillé dudit projet et la question des dispositions d'exécution de l'AIMP nouveau. Le présent rapport aborde enfin le second volet considéré, en présentant la révision de la LCMP, plus précisément s'agissant de ses motifs et de son contenu, de même que la révision de la loi sur les communes, avant de proposer l'examen détaillé des projets de révision desdites lois, d'évoquer la question des dispositions d'exécution y relatives et enfin de présenter les conséquences pour le canton de Neuchâtel, sous l'angle de l'impact financier, de l'impact sur le personnel et enfin de l'impact sur les communes.*

## **1. INTRODUCTION**

Le 15 mars 2001, la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement (DTAP) a adopté l'Accord intercantonal modifiant l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 25 novembre 1994, en vigueur dans le canton de Neuchâtel depuis le 24 décembre 1996 (annexes 1 et 2).

Le groupe d'experts chargé de la révision de l'AIMP a en outre rédigé des directives-type pour l'exécution de l'AIMP dans sa nouvelle teneur (ci-après: DEMP; annexe 3). Enfin, l'autorité intercantonale pour les marchés publics (AIMP) a établi un règlement interne de la commission "Marchés publics Confédération – Cantons" pour la transposition et la surveillance des obligations internationales de la Suisse en matière de marchés publics. Ce document vous est également remis, en annexe au présent rapport (annexe 4).

Selon le droit transitoire, l'AIMP révisé entrera en vigueur dès que deux cantons au moins y auront adhéré, lors de sa publication dans le Recueil officiel des lois fédérales (ROLF) et, pour les cantons qui y adhéreront ultérieurement, lors de la publication de leur adhésion dans ledit recueil, l'AIMP actuel restant en vigueur dans l'intervalle. L'AIMP révisé est entré en vigueur le 28 janvier 2003 dans les cantons de Fribourg, dont la date d'adhésion est le 1<sup>er</sup> janvier 2002, dans les cantons de Berne, Bâle-Ville et Saint-Gall, qui y ont adhéré le 1<sup>er</sup> janvier 2003, de même qu'il est entré en vigueur le 6 mai 2003 dans le canton de Schaffouse et le 5 août 2003 dans le canton du Valais, dont les dates d'adhésion respectives sont le 15 avril et le 10 juillet 2003.

La révision de l'AIMP rend à son tour nécessaire d'adapter la LCMP, ne serait-ce qu'en raison des nouvelles valeurs seuils déterminant le choix des procédures d'adjudication applicables aux marchés publics non soumis aux traités internationaux, désormais fixées de manière contraignante dans l'annexe 2 de l'AIMP, pour réaliser une harmonisation des pratiques cantonales en matière de marchés publics internes respectant les principes cardinaux de la LMI. Pour répondre à un souci de coordination et de célérité, un projet de loi modifiant la LCMP, de même qu'un projet de loi modifiant la loi sur les communes, du 21 décembre 1964, vous sont simultanément soumis pour approbation.

## **2. SITUATION JURIDIQUE ACTUELLE**

### **2.1. L'accord de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) relatif aux marchés publics du 15 avril 1994**

L'accord de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) relatif aux marchés publics du 15 avril 1994 (ci-après: l'accord OMC), entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1996 (RS 0.632.231.422), concerne la soumission et la passation de marchés portant sur les biens, les services et les contrats de construction, pour autant qu'ils dépassent certains seuils, par la Confédération, les cantons ainsi que les entreprises publiques assurant la distribution de l'eau, de l'énergie et l'offre de transports publics. En revanche, ni les entités adjudicatrices privées actives dans les mêmes domaines, ni les adjudications opérées dans les domaines des télécommunications et des transports ferroviaires, ni les communes ne sont soumises aux prescriptions de l'accord OMC.

## **2.2. L'accord bilatéral entre la Suisse et l'Union européenne (UE) sur certains aspects relatifs aux marchés publics du 21 juin 1999**

L'accord bilatéral sur certains aspects relatifs aux marchés publics, conclu par la Suisse et l'Union européenne (UE) le 21 juin 1999 (RS 0.172.052.68) (ci-après: l'accord bilatéral), est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2002. Il vise à libéraliser, sur une base de réciprocité, certains domaines d'activités économiques non soumis à l'accord OMC, à savoir les télécommunications, les transports ferroviaires et l'énergie autre que l'électricité. De même, l'accord bilatéral élargit son champ d'application à des pouvoirs adjudicateurs privés ainsi qu'aux communes, qui entrent dès lors dans le cercle des pouvoirs adjudicateurs soumis aux prescriptions de l'accord bilatéral, pour la passation des marchés publics en matière de construction, biens et services atteignant certaines valeurs seuils.

## **2.3. La loi fédérale sur les marchés publics, du 16 décembre 1994 et l'ordonnance sur les marchés publics (OMP), du 11 décembre 1995**

La transposition des obligations internationales découlant de l'accord OMC a été réalisée, au niveau fédéral, par la loi fédérale sur les marchés publics, du 16 décembre 1994 (RS 172.056.1) (ci-après: LMP) et l'ordonnance sur les marchés publics (OMP), du 11 décembre 1995 (RS 172.046.11) entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1996, qui règlent l'ouverture des marchés publics passés par la Confédération exclusivement.

## **2.4. La loi fédérale sur le marché intérieur (LMI), du 6 octobre 1995**

La Confédération a adopté la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI), du 6 octobre 1995 (RS 943.02), qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1996, respectivement le 1<sup>er</sup> juillet 1998 s'agissant de l'article 9, alinéa 3 (voies de droit). La LMI vise la suppression des obstacles de droit public à la concurrence dans le droit fédéral, cantonal et communal, ainsi que l'élimination des barrières à la mobilité, notamment en matière de marchés publics. A cette fin, la loi garantit le principe de non-discrimination et d'égalité de traitement, en disposant que les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches cantonales ou communales sont régis par le droit cantonal ou intercantonal et que ces prescriptions, de même que les décisions fondées sur elles, ne doivent pas discriminer les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse. La LMI prévoit par ailleurs le principe de publicité et impose aux cantons, communes et autres organes assumant des tâches cantonales ou communales l'obligation de veiller à ce que les projets de marchés publics de grande importance portant sur des fournitures, des services ou des travaux, de même que les critères de participation et d'attribution du marché, soient publiés dans un organe officiel.

## **2.5. L'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), du 25 novembre 1994 et les directives pour l'exécution de l'AIMP, du 25 novembre 1994**

Les exigences posées par l'accord OMC et la LMI ont été concrétisées, au niveau cantonal, tout d'abord par l'adoption de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), du 25 novembre 1994 (RS 172.056.4; RSN 601.71), auquel tous les cantons ont adhéré et qui est entré en vigueur le 24 décembre 1996, s'agissant du canton de Neuchâtel. Il règle l'ouverture réciproque des marchés publics entre les cantons et vise à harmoniser les règles cantonales de passation de marchés publics conformément aux principes définis en commun et aux obligations internationales de la Suisse, en particulier celles découlant de l'accord OMC. En bref, l'AIMP vise à garantir les principes généraux de non-discrimination, d'égalité de traitement et de concurrence efficace entre les soumissionnaires, de même qu'il énonce les principes de l'impartialité de l'adjudication et

de la transparence de la procédure de passation de marchés publics aux fins d'assurer une utilisation parcimonieuse des deniers publics. Le champ d'application de l'AIMP s'étend aux marchés de construction, de fournitures et de services, lorsque la valeur d'estimation du marché atteint les seuils prévus par l'accord OMC, fixés au montant de 10.070.000 francs pour les constructions et, sous réserve des marchés qui ressortissent aux secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et de la télécommunication, au montant de 403.000 francs pour les fournitures et les services. Quant au cercle des pouvoirs adjudicateurs assujettis à l'AIMP, il s'agit de l'Etat, de ses établissements de droit public et régies, ainsi que des collectivités de droit public auxquelles il participe; des communes, associations de communes et autres collectivités de droit public dans leurs rapports avec les cantons et les Etats signataires de l'Accord OMC qui leur accordent la réciprocité; des organismes ou entreprises opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports ou des télécommunications, pour les marchés en relation avec l'exécution, en Suisse, de leurs tâches dans les domaines précités, et qui sont majoritairement dominés par l'Etat ou les communes; enfin, d'autres organismes soumis à l'accord OMC ou à d'autres traités internationaux analogues. L'AIMP régit encore les marchés publics dont le coût total est subventionné à plus de 50% par la Confédération, les cantons ou les communes. Quant aux cercles des soumissionnaires admis à participer à la passation des marchés publics, il s'agit des personnes ayant leur siège ou leur domicile soit dans un canton partie à l'accord intercantonal, soit dans un Etat signataire de l'accord OMC, sous réserve de réciprocité, soit dans d'autres Etats, pour autant que des accords contractuels ad hoc aient été conclus. L'AIMP énumère trois types de procédures de mise en concurrence, à savoir la procédure ouverte, la procédure sélective et la procédure de gré à gré, tout en laissant aux cantons la compétence pour définir les critères de choix entre les différentes procédures (voir le paragraphe 8 des directives). Enfin, s'agissant des voies de droit, l'AIMP dispose que les décisions du pouvoir adjudicateur peuvent faire l'objet d'un recours auprès d'une autorité juridictionnelle cantonale, qui statue de manière définitive. Celle-ci peut, si le contrat n'est pas conclu, soit statuer au fond ou renvoyer la cause au pouvoir adjudicateur soit, si le contrat est conclu et que le recours est jugé bien-fondé, constater le caractère illicite de la décision d'adjudication, ce qui ouvre la voie à une action en dommages-intérêts, actuellement limités aux dépenses que le soumissionnaire a subies en relation avec la procédure d'adjudication et de recours (voir le paragraphe 34 des directives).

Quant aux directives pour l'exécution de l'AIMP, du 25 novembre 1994 (ci-après: directives), elles contiennent toute une série de dispositions relatives notamment aux méthodes de calcul de la valeur des marchés publics et à la clause *de minimis* pour les marchés de construction (art. 7, al. 2, AIMP et § 5 des directives), aux types de procédures, à la forme et au contenu des appels d'offres et des offres, aux critères d'aptitude des soumissionnaires ainsi qu'aux motifs d'exclusion de ceux-ci, aux critères d'adjudication, à la publication, à la révocation de l'adjudication ainsi qu'à l'interruption, à la répétition ou au renouvellement de la procédure, de même qu'à la protection juridique, à la tenue de statistiques et à la surveillance des soumissionnaires. Lesdites directives comprennent en outre deux annexes portant sur la classification centrale des produits pour les marchés de construction (annexe 1) et les marchés de prestations de service (annexe 2). Elles comprennent enfin une recommandation pour la réglementation de la passation des marchés publics cantonaux qui étend le champ d'application de l'AIMP et des directives y afférentes aux marchés qui ne relèvent pas de l'accord intercantonal, à l'exception des marchés dont la valeur est inférieure ou égale aux valeurs seuils qu'elle énonce et qui définissent les domaines des procédures, respectivement l'adjudication de gré à gré et la procédure d'invitation.

## **2.6. La loi cantonale sur les marchés publics (LCMP), du 23 mars 1999, et le règlement d'exécution de la loi cantonale sur les marchés publics, du 3 novembre 1999**

La nécessité d'harmoniser les différentes législations à l'accord OMC a également donné lieu à l'adoption de lois cantonales et de règlements d'exécution de celles-ci. Pour ce qui a trait au canton de Neuchâtel, il s'agit de la loi cantonale sur les marchés publics (LCMP), du 23 mars 1999 (RSN 601.72), et du règlement d'exécution de la loi cantonale sur les marchés publics, du 3 novembre 1999 (RSN 601.720) (ci-après: RELCMP). La loi a repris les grands principes de l'AIMP, a étendu leur champ d'application, pour les marchés non soumis à l'AIMP, notamment en incluant les communes dans le cercle des pouvoirs adjudicateurs soumis à la loi. La loi prévoit en outre l'application de la procédure d'invitation, pour les marchés publics compris entre des valeurs seuils définies selon la catégorie du marché public considéré.

La LCMP est divisée en quatre chapitres relatifs aux dispositions générales (art. 1 à 8), à la procédure d'adjudication (art. 9 à 36), à l'application de la loi (art. 37 à 47) et aux dispositions transitoires et finales (art. 48 à 51). Quant aux dispositions d'exécution de la loi, elles sont contenues dans le RELCMP.

### *2.6.1. Les dispositions générales*

Les dispositions générales se rapportent en premier lieu au champ d'application de la loi et aux buts poursuivis par celle-ci. Il en résulte que la LCMP règle la procédure et les conditions de passation des marchés publics de constructions, de fournitures et de services dans le canton. Elle a pour but d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires, de garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires ayant un établissement en Suisse, ou à l'étranger sous réserve de réciprocité, et d'assurer l'impartialité de l'adjudication, la transparence des procédures de passation des marchés et de permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics, tout en veillant au respect des prescriptions réglant les conditions locales de travail. Le champ d'application de la LCMP s'étend aux marchés adjugés par l'Etat, les communes et les syndicats intercommunaux, les établissements de droit public cantonaux et communaux, les institutions et organismes dont le coût de fonctionnement est subventionné à plus de 50% par les pouvoirs publics ainsi que les entreprises opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et télécommunications, ou accomplissant d'autres tâches d'intérêt public, et qui sont majoritairement dominées par l'Etat, les communes ou leurs établissements. La loi vise également les marchés dont le coût total est subventionné à plus de 50% par l'Etat, les communes ou leurs établissements. La loi prévoit en outre que le Conseil d'Etat peut exclure de son champ d'application, lorsque son application entraverait gravement l'accomplissement des tâches qui leur sont confiées, certains des établissements de droit public cantonaux ou communaux, institutions, organismes ou entreprises, dont le coût de fonctionnement est subventionné à plus de 50% par les pouvoirs publics ou qui sont majoritairement dominés par l'Etat, les communes ou leurs établissements. Le Conseil d'Etat peut également exclure certains marchés liés à de grandes manifestations à caractère unique ou extraordinaire. Enfin, la loi réserve les dispositions particulières résultant d'accords internationaux ou intercantonaux liant le canton et les pouvoirs adjudicateurs qui en dépendent.

### *2.6.2. Procédure d'adjudication*

La LCMP énumère quatre types de procédures d'adjudication, à savoir la procédure ouverte, la procédure sélective, la procédure d'invitation et la procédure de gré à gré. La procédure applicable à l'adjudication est, en principe, la procédure ouverte ou la procédure sélective, mais elle peut être effectuée de gré à gré, aux conditions fixées par le Conseil d'Etat. De plus, lorsque l'AIMP n'est pas applicable, les marchés publics peuvent être adjugés selon la procédure d'invitation ou la procédure de gré à gré, selon

les valeurs limites arrêtées par le Conseil d'Etat (voir l'art. 3 RELCMP). La loi définit ici les divers types de procédures d'adjudication, en réservant, lorsque cela est nécessaire, l'organisation d'un concours préalable, de même qu'elle règle la procédure d'adjudication s'agissant des offres (forme et contenu des appels d'offres, dossier de soumission, critères d'aptitudes, communauté de soumissionnaires, exclusion, forme et durée de validité de l'offre, rémunération et usage des offres) et de l'adjudication (vérification de l'aptitude, ouverture et examen des offres, critères d'adjudication, division du marché, décision d'adjudication, contrat, sous-traitance, entreprise générale, motifs et procédure d'interruption et de répétition de la procédure d'adjudication).

### *2.6.3. Application de la loi*

Il s'agit ici, en premier lieu, des prescriptions applicables à la surveillance de l'exécution du marché adjugé par le pouvoir adjudicateur, ou l'organe de contrôle désigné par ses soins, et du devoir de collaboration de l'adjudicataire. L'organe de contrôle doit s'assurer que l'adjudicataire respecte les conditions de l'adjudication et les conditions de travail et de protection des travailleurs. La loi prévoit en outre les divers motifs de révocation de l'adjudication et d'exclusion de l'adjudicataire des procédures d'adjudication à venir.

En second lieu, ce chapitre de la LCMP règle la procédure et les voies de droit, tout d'abord par un renvoi, sous réserve des prescriptions particulières de la loi et de ses dispositions d'exécution, aux dispositions de la loi sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA), du 27 juin 1979 (RSN 152.130). La LCMP énumère les décisions de l'adjudicateur pouvant faire l'objet d'un recours au Tribunal administratif. Pour les marchés non soumis à l'AIMP, il est précisé que le recours n'est ouvert aux soumissionnaires qui n'ont pas leur domicile, leur siège ou un établissement dans le canton qu'en cas de réciprocité, à défaut de laquelle seules les restrictions à la liberté de l'accès au marché, au sens de l'article 9 LMI, peuvent faire l'objet d'un recours. La loi prévoit par ailleurs que le délai de recours est de dix jours, que le recours n'a pas d'effet suspensif, sauf décision du Tribunal administratif accordant l'effet suspensif, sur demande, lequel doit statuer dans les vingt jours à compter du dépôt du recours. Enfin, il est prévu que le recourant est tenu de réparer le préjudice causé par l'effet suspensif s'il a agi par dol ou négligence grave. Quant à la décision sur recours, la loi stipule que le Tribunal administratif peut, si le contrat n'est pas conclu, soit statuer au fond ou renvoyer la cause au pouvoir adjudicateur pour nouvelle décision soit, si le recours s'avère fondé et qu'un contrat a déjà été conclu, constater le caractère illicite de la décision, ce qui ouvre la voie à une action en dommages-intérêts, la responsabilité du pouvoir adjudicateur se limitant toutefois aux dépenses engagées par le recourant en relation avec la procédure d'adjudication.

En dernier lieu, ce chapitre de la loi dispose que le Conseil d'Etat arrête les dispositions d'exécution nécessaires, qu'il désigne le département chargé de son application et veille à l'établissement des statistiques exigées par l'AIMP.

### *2.6.4. Dispositions transitoires et finales*

Il est prescrit, dans ce chapitre, outre une modification du droit antérieur, que la LCMP s'applique à toutes les procédures pour lesquelles l'appel d'offres s'effectue après son entrée en vigueur ou, si les marchés sont passés sans appel d'offres, lorsque aucun contrat n'a été conclu avant son entrée en vigueur, les autres procédures restant régies par l'ancien droit.

### *2.6.5. Le règlement d'exécution de la LCMP, du 3 novembre 1999*

Le RELCMP comprend cinq chapitres relatifs aux dispositions générales (art. 1 à 7), à l'organisation de concours (art. 8 à 24), à la procédure d'adjudication (art. 25 à 40), à la surveillance (art. 41 à 44) et aux dispositions finales (art. 45), de même qu'il contient une

annexe, intitulée "Liste des documents pouvant servir à l'évaluation des critères d'aptitude".

Les prescriptions figurant au premier chapitre du RELCMP ont principalement trait au champ d'application de la loi (publication par la chancellerie d'Etat d'une liste annuelle des établissements, institutions, organismes et entreprises soumis aux dispositions de la LCMP; exclusion de la Banque cantonale et de la Caisse cantonale d'assurance populaire, exclusion de certains marchés liés à de grandes manifestations à caractère unique ou extraordinaire par voie d'arrêtés spéciaux); au choix des procédures, pour autant que l'AIMP ne soit pas applicable, en fonction de la valeur du marché (voir le tableau de l'art. 3 RELCMP) ou en fonction de la nature du marché; à l'indépendance des soumissionnaires du pouvoir adjudicateur; aux conditions locales de travail; à la constitution d'un organe de référence, de conseil et d'information. Le second chapitre règle de manière détaillée l'organisation et la procédure des concours d'études (concours d'idées ou de projets) et des concours d'études et de réalisation. Le chapitre 3 contient des dispositions précisant la teneur de la loi quant à la procédure d'adjudication, plus précisément quant à l'appel d'offres (publication, présentation de l'offre, spécifications techniques), aux délais (pour les marchés soumis à l'AIMP et pour les autres marchés), aux critères d'aptitude (moyens d'évaluation et liste permanente des soumissionnaires), au dossier de soumission, à l'adjudication (critères et motivation de la décision). Le chapitre 4 règle la surveillance (protection des travailleurs, contenu des statistiques relatives aux marchés soumis à l'AIMP établies par le service économique, statistiques des marchés communaux). Enfin, le chapitre 5 fixe l'entrée en vigueur immédiate du règlement et suit alors l'annexe du RELCMP.

### **3. REVISION PARTIELLE DE L'AIMP**

#### **3.1. Motifs de la révision partielle de l'AIMP**

Le premier motif de la révision de l'AIMP a trait à l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> juin 2002, des sept accords bilatéraux, plus spécialement s'agissant du 7<sup>e</sup> accord bilatéral portant sur certains aspects relatifs aux marchés publics (ci-après: l'accord bilatéral), conclus par la Suisse et l'Union européenne le 21 juin 1999, qui ont été acceptés en votation populaire le 21 mai 2000 et dont le champ d'application a été étendu aux Etats membres de l'AELE, par un Accord signé le 21 juin 2001 par la Suisse, le Liechtenstein, la Norvège et l'Islande amendant la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'AELE. Il s'ensuit que les sept accords bilatéraux ne s'appliquent pas seulement aux Etats membres de l'Union européenne (UE), mais qu'ils déploient leurs effets envers les Etats membres de l'Espace Economique Européen (EEE)<sup>1</sup>.

Les sept accords bilatéraux sont indissolublement juridiquement liés et sont gérés par des comités mixtes, dont les pouvoirs décisionnels, limités, laisse à chaque partie contractante la responsabilité de l'application correcte des accords sur son territoire. En outre, ces accords sectoriels n'impliquent pas de transfert de compétence législative à des instances supranationales, de telle sorte que la majorité d'entre eux, dont le 7<sup>e</sup> accord qui nous intéresse dans le cadre de la présente révision, reposent sur le principe de l'équivalence de la législation des parties contractantes. L'application de ce principe implique la mise en œuvre de procédures d'échanges d'information et de consultations, lorsqu'une partie envisage de modifier sa législation ainsi que la nomination d'une autorité indépendante de surveillance chargée de s'assurer du respect de l'accord bilatéral. Il reste à mentionner que la reprise de l'acquis communautaire au-delà de la date de leur

---

<sup>1</sup>Pour plus de détails, voir le Rapport d'information no 02.022 du Conseil d'Etat au Grand Conseil concernant les accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union Européenne. Conséquences pour le canton de Neuchâtel, du 14 août 2002.

signature, le 21 juin 1999, n'est pas incluse dans l'application des accords par la Suisse et que les accords peuvent être dénoncés en tout temps, mais en raison du parallélisme approprié, ils prennent alors fin simultanément.

### **3.2. Contenu et portée de l'accord bilatéral no 7 et conséquences sur le droit interne (au niveau fédéral, intercantonal et cantonal)**

D'un point de vue général, l'accord bilatéral vise à libéraliser, sur une base de réciprocité, certains domaines d'activité économique non soumis à l'accord OMC, à savoir les télécommunications, les transports ferroviaires et l'énergie autre que l'électricité. De même, l'accord bilatéral élargit son champ d'application à des adjudicateurs privés ainsi qu'aux communes, qui entrent dès lors dans le cercle des pouvoirs adjudicateurs soumis aux prescriptions de l'accord bilatéral, pour la passation des marchés publics en matière de construction, biens et services atteignant certaines valeurs seuils. Cet accord rappelle par ailleurs que les principes de non-discrimination et de non-préférence locale régissent l'ouverture des marchés publics, de même qu'il impose aux pouvoirs adjudicateurs concernés des règles concernant les procédures de passation des marchés publics (publication obligatoire des appels d'offres et tenue d'archives durant 3 ans), des principes de conduite, des engagements de transparence, de collaboration et d'information (notamment par la création de "points de contact" locaux), un système de contrôle juridictionnel étendu à de nouvelles décisions sujettes à recours et enfin un organe de surveillance de la bonne et fidèle application de l'accord bilatéral, mais doté d'un pouvoir disciplinaire seulement.

Comme cela résulte de ce qui précède, l'entrée en vigueur de l'accord bilatéral implique une extension de l'accord OMC actuellement en vigueur, de telle sorte qu'une adaptation du droit interne aux obligations internationales nouvellement contractées par la Suisse s'impose, tant au niveau fédéral (LMI, LMP, OMP, ODETEC (exemption)), intercantonal (AIMP et ses directives), que cantonal (LCMP et RELCMP). C'est dans ce vaste processus d'harmonisation du droit interne au droit communautaire que s'inscrit la révision du droit intercantonal et que les modifications du 15 mars 2001 de l'AIMP ont vu le jour, ainsi que les nouvelles directives d'exécution (DEMP), dont la rédaction a été achevée en avril 2002. Il va sans dire que la présente révision de l'AIMP doit être accompagnée d'une adaptation de la législation cantonale, pour harmoniser les pratiques cantonales, s'agissant aussi des marchés non soumis aux traités internationaux, au vu des différents seuils minimaux fixés respectivement dans les annexes 1 et 2 du nouvel AIMP.

### **3.3. Harmonisation des pratiques cantonales**

Le second motif de la révision de l'AIMP, qui est sans conteste le plus important, trouve son origine dans la diversité des pratiques cantonales, notamment quant aux valeurs seuils et au choix des procédures de passation des marchés publics entre cantons, ce qui a engendré de nombreux cas d'inégalités de traitement dans les relations intercantionales, heurtant par là même les principes consacrés par la LMI rappelés ci-dessus. Une volonté commune des cantons s'est manifestée, lors des travaux préparatoires menés par la DTAP, pour corriger cette situation, insatisfaisante, de distorsion entre les pratiques cantonales et les principes cardinaux de LMI, et pour réaliser, par le biais de la présente révision de l'AIMP, une harmonisation en profondeur des pratiques cantonales satisfaisant aux exigences de la loi. C'est pourquoi les valeurs seuils et les procédures de passation des marchés publics intérieurs se trouvent désormais dans l'annexe 2 de l'AIMP.



## **4. OBJET ET ETENDUE DE LA MODIFICATION DE L'AIMP**

### **4.1. Remarques générales**

Durant la procédure de consultation pour la révision de l'AIMP, confiée à la Conférence suisse des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement (DTAP), les diverses solutions législatives envisageables pour la mise en œuvre de l'adaptation du droit interne à l'accord bilatéral et de l'harmonisation des pratiques cantonales ont été discutées. Si la voie de la transposition législative purement cantonale n'a pas même fait l'objet d'une demande sérieuse et concrète, celle du transfert des compétences législatives et réglementaires à la Confédération a été refusée à l'unanimité. Quant à la solution consistant à prévoir une réglementation complète du droit des marchés publics par voie de concordat, qui ne laisserait plus aucune marge de manœuvre aux cantons, elle n'a pas donné lieu à un soutien suffisant et a également été écartée. En définitive, il est apparu que la solution de la révision partielle du concordat intercantonal, à mener en parallèle à la révision des législations et réglementations cantonales, correspond à la conception de la majorité des cantons, telle qu'elle s'est exprimée et a été confirmée lors des quatre assemblées générales de la DTAP, qui se sont tenues de 1997 à 2001.

Ainsi, la révision de l'AIMP tend non seulement à garantir la transposition des nouvelles obligations internationales de la Suisse, mais elle vise également à assurer une harmonisation des procédures et des valeurs seuils applicables dans le domaine des marchés publics intérieurs, ce dernier point étant central dans la présente révision. A cette fin, les modifications du 15 mars 2001 de l'AIMP introduisent une délimitation plus claire entre les marchés publics soumis aux traités internationaux (accord bilatéral, accord OMC ou autre) et les marchés publics non soumis aux traités internationaux, certaines règles, précisions et modifications rédactionnelles de l'AIMP s'appliquant respectivement soit à l'ensemble des marchés publics, soit aux marchés publics internationaux exclusivement, soit enfin aux seuls marchés publics internes cantonaux.

Les principales innovations apportées par la présente révision ont trait à l'assujettissement de nouveaux pouvoirs adjudicateurs et à la clause d'exemption de certains marchés, à l'harmonisation des valeurs seuils et des procédures de passation des marchés publics sur le marché intérieur, à la protection juridique, au devoir d'information (création de "points de contact") ainsi qu'au devoir de collaboration et de surveillance du respect de l'accord bilatéral (constitution d'une autorité indépendante). En outre, d'autres points, incontestés durant la procédure de consultation, ont été résolus, par exemple s'agissant de l'attribution des compétences, pour toutes les questions relatives aux marchés publics, à la DTAP, respectivement à l'autorité intercantonale conformément à une décision de la Conférence des gouvernements cantonaux, ou encore s'agissant de la non-application des fêtes judiciaires aux procédures pendantes en matière de marchés publics. Enfin, il a été prévu que les modifications de l'AIMP entreront en vigueur, pour les cantons, au fur et à mesure de leur adhésion, l'AIMP, dans sa teneur actuelle, restant applicable dans l'intervalle, dans les relations intercantionales.

### **4.2. Assujettissement et clause d'exemption**

La transposition de l'accord bilatéral au niveau intercantonal implique en premier lieu l'introduction, dans le texte de l'AIMP, d'une nouveauté particulièrement importante, puisque les communes sont désormais comprises dans le cercle des pouvoirs adjudicateurs de marchés publics soumis aux accords internationaux. Il s'ensuit que les communes sont non seulement soumises à l'accord bilatéral, mais qu'elles sont aussi nouvellement soumises à l'accord OMC.

Il résulte en second lieu de l'accord bilatéral que le droit des marchés publics est étendu aux pouvoirs adjudicateurs publics ou privés opérant dans les domaines, non compris dans l'accord OMC, de l'eau, de l'électricité, des transports et des télécommunications, aussi bien au niveau fédéral, intercantonal que cantonal. Ces nouveaux pouvoirs adjudicateurs peuvent être soumis, selon les cas, soit au droit fédéral, soit au droit cantonal. Le critère permettant de déterminer le droit applicable est, pour les entités adjudicatrices publiques et privées, celui de l'influence prédominante selon qu'elle est exercée par la Confédération, par un ou plusieurs cantons ou communes, alors que pour les entreprises publiques qui ne sont pas sous une telle influence prédominante, le critère pertinent est celui de l'étendue de leur activité, selon qu'elle porte sur l'ensemble du territoire de la Suisse, auquel cas le droit fédéral trouve application, ou que l'étendue de leur activité se limite à un ou plusieurs canton(s), auquel cas le droit cantonal est applicable. Cette interprétation ressort du message du Conseil fédéral sur l'autorisation de l'accord sectoriel entre la Suisse et l'Union européenne du 23 juin 1999 (FF 1999 VI 5440, sp. p. 5519 et suivante).

Il reste en dernier lieu à mentionner que l'accord bilatéral réserve, pour les marchés publics qui y sont soumis et aux conditions exhaustives énumérées à l'article 3, alinéa 5, de l'accord, une clause d'exemption de certains pouvoirs adjudicateurs dans des secteurs particuliers où règne une véritable concurrence, ou de certains domaines d'activité lorsque la concurrence règne entre tous les soumissionnaires. La Confédération, par le DETEC, s'est réservé la compétence de décider de faire usage de cette clause d'exemption dans les domaines visés par l'ordonnance du DETEC sur l'exemption du droit des marchés publics, du 18 juillet 2002 (RS 172.056.111) (ci-après: ODETEC). Ainsi, le DETEC statue, sur requête d'un pouvoir adjudicateur, de la commission de la concurrence ou, au niveau cantonal, de l'autorité intercantonale, et il rend une décision susceptible de recours. Dès lors que le recours de droit administratif n'est pas ouvert contre les ordonnances rendues dans le domaine des marchés publics, selon l'article 100, alinéa 1, lettre x, de la loi fédérale d'organisation judiciaire (Organisation judiciaire) (OJ), du 16 décembre 1943 (RS 173.110), l'ODETEC prévoit que les ordonnances de constatation peuvent être contestées par le dépôt d'un recours devant la commission de recours pour les questions de concurrence (art. 5, al. 2, ODETEC). Cette solution se veut toutefois transitoire, dans l'attente de l'installation du Tribunal administratif fédéral, prévue pour l'année 2004.

#### **4.3. Harmonisation des valeurs seuils sur le marché intérieur**

La nouveauté centrale de la présente révision, au niveau cantonal, réside dans l'harmonisation des valeurs seuils pour les marchés publics non soumis aux traités internationaux, qui s'est avérée nécessaire pour supprimer les disparités prévalant jusqu'ici entre les cantons, dont les législations respectives ont fixé des valeurs seuils très différentes et ont donné des définitions de procédures d'adjudication qui ne sont pas toujours identiques pour les mêmes types de marchés. Les inégalités engendrées par la diversité des règles cantonales ont fait l'objet de nombreuses critiques, non seulement de la part des milieux économiques concernés et de la commission de la concurrence, mais également de la part des pouvoirs adjudicateurs et des soumissionnaires, tributaires de la pluralité des systèmes législatifs cantonaux. De même, dans le cadre de la procédure de révision de l'AIMP, cette problématique a été soulevée à répétition, au cours des délibérations, des discussions et lors des assemblées générales de la DTAP, lors desquelles une volonté commune s'est manifestée pour qu'une harmonisation soit mise en oeuvre dans l'AIMP, afin de satisfaire au principe de l'égalité de traitement entre tous les soumissionnaires, tel que consacré par la LMI.

Selon le projet de révision de l'AIMP, les valeurs seuils déterminantes se trouvent désormais dans les annexes 1 et 2 à l'AIMP et sont divisées en trois catégories réglant

respectivement les marchés publics soumis à l'accord OMC, les marchés publics soumis à l'accord bilatéral et les marchés publics non soumis aux traités internationaux.

#### **4.4. Protection juridique**

Les principales innovations portent ici d'une part sur l'extension de la notion de décision sujette à recours et l'extension du contrôle juridictionnel à l'examen des ordonnances de constatation rendue par le DETEC en matière d'exemption et, d'autre part, sur le respect des principes de transparence, de publicité obligatoire et du devoir d'archivage des documents relatifs aux procédures d'adjudication des marchés publics.

#### **4.5. Devoir d'information**

Il s'agit ici d'assurer l'échange d'informations, notamment par la création de "points de contact".

#### **4.6. Devoir de collaboration et de surveillance**

Dès l'entrée en vigueur, en janvier 1996, de l'accord OMC et de la législation interne sur les marchés publics, fédérale et intercantonale, une commission paritaire, composée de représentants de la Confédération et des cantons, a été constituée, dénommée "commission des marchés publics Confédération/cantons" (CMCC). Cette commission a été chargée de garantir une collaboration dans le cadre des échanges entre la Suisse et les Etats parties à l'accord OMC et entre les autorités fédérales et cantonales, de même qu'elle a été investie de la mission de surveillance du respect des obligations internationales contractées par la Suisse en matière de marchés publics.

Selon le projet d'AIMP, cette même commission – dont la présidence revient à la Confédération et la vice-présidence aux cantons et dont les délégués cantonaux sont désignés par l'autorité intercantonale – est en outre chargée d'assurer la collaboration avec l'UE et la surveillance de l'application de l'accord bilatéral. A noter que si la CMCC est dotée d'un pouvoir disciplinaire et qu'elle peut, à ce titre, dénoncer la violation d'une obligation internationale auprès de l'autorité hiérarchique dont dépend le pouvoir adjudicateur (voir l'art. 8 de l'accord bilatéral), elle a avant tout pour mission de constater les éventuelles transgressions à l'accord bilatéral et d'encourager les pouvoirs adjudicateurs à le respecter à l'avenir. Actuellement, cette commission est composée de seize membres, soit huit représentants de la Confédération et huit représentants des cantons.

### **5. EXAMEN DETAILLE DU PROJET DE REVISION DE L'AIMP**

#### *Section 1: Dispositions générales*

##### *Article premier / But*

*Alinéa 1:* La formulation utilisée ici permet une délimitation plus claire du but d'ouverture des marchés publics au niveau interne, d'une part et au niveau international, d'autre part. L'AIMP s'applique aux marchés publics des cantons, des communes et d'autres organes assumant des tâches cantonales ou communales, ces tâches étant définies par la LMI, de même qu'il s'applique aux tiers, dans le cadre de leurs obligations découlant d'accords internationaux et dans les limites fixées par ces derniers. Les communes sont nouvellement intégrées dans le cercle des pouvoirs adjudicateurs, ce que de nombreux

cantons prévoient déjà dans leur législation cantonale actuelle (voir, pour le canton de Neuchâtel, l'art. 2, al. 1, let. a, LCMP) et qui permet de réaliser une harmonisation plus approfondie, rendue nécessaire notamment au vu de la fixation de valeurs seuils communes également pour le marché intérieur.

*Alinéa 2:* Le double but de l'AIMP est énuméré distinctement, à savoir l'harmonisation des règles applicables au marché intérieur et la transposition, dans l'AIMP, des obligations découlant des deux accords internationaux expressément mentionnés, pour ce qui a trait aux marchés publics internationaux. Cet alinéa dénote la volonté unanime des cantons de transposer en commun, par le biais de la révision de l'AIMP, les règles applicables aux marchés publics soumis aux deux accords internationaux précités.

#### *Section 2: titre supprimé*

*Art. 4, al. 2 let. c, c bis (nouvelle), d, e, g et h (nouvelle), al. 3 et 4 / Autorité intercantonale*

*Alinéa 2:* L'autorité intercantonale actuelle est maintenue et se voit attribuer des compétences nouvelles en matière d'adaptation des valeurs seuils fixées dans le cadre de l'accord bilatéral et du marché intérieur, de traitement et de transmission au DETEC des demandes d'exemption, de désignation de l'organe de contrôle (voir l'art. 8 de l'accord bilatéral) et des délégués cantonaux aux commissions nationales et internationales, de même qu'en matière d'approbation des règles de fonctionnement.

Il n'est pas prévu de constituer un organe de contrôle propre, ses tâches étant assumées par la CMCC, composée de manière paritaire, qui est également l'organe de contact, dans les échanges avec les partenaires de l'Union européenne (voir l'art. 7 de l'accord bilatéral). C'est dans ce but que l'autorité intercantonale doit désigner des délégués (al. 2, let. e, g et h). Ce transfert de compétence de la Conférence des gouvernements cantonaux (CdC) à l'autorité intercantonale a obtenu l'approbation expresse de la CdC.

*Alinéa 4:* L'autorité intercantonale se voit investie d'une mission de collaboration et de coordination avec toutes les conférences des directeurs cantonaux, et non plus seulement avec la Conférence des directeurs cantonaux de l'économie publique (CDEP), de même qu'avec la Confédération.

*Art. 5 (abrogé)*

#### *Section 3: Champ d'application*

*Art. 5bis / Délimitation (nouveau)*

*Alinéa 1:* Cette nouvelle distinction, expresse, est reprise et précisée dans les articles suivants; elle permet de mieux cerner le champ d'application de l'AIMP et de délimiter de manière plus claire le double but qu'il poursuit, ce dernier consistant, d'une part, à transposer les accords internationaux, s'agissant des dispositions applicables aux marchés publics soumis aux traités internationaux (al. 2) et, d'autre part, à harmoniser les règles cantonales, s'agissant des dispositions applicables aux marchés publics non soumis aux traités internationaux (al. 3).

Cette nouvelle manière d'appréhender la réglementation sur les marchés publics présente l'avantage de simplifier la rédaction des articles suivants et leur interprétation littérale, tout en évitant des répétitions inutiles dans le texte, en structurant de manière distincte et claire l'énoncé tant des règles de droit, des procédures applicables, que des valeurs seuils fixées dans les annexes 1 et 2, selon la catégorie de marchés publics en cause.

*Art. 6, al. 1, let. a, b; al. 2 (abrogé), al. 3 / Types de marchés*

*Alinéa 1:* La définition des marchés publics soumis aux traités internationaux résulte d'une classification internationale des divers types de marchés, selon des listes détaillées et exhaustives des marchés publics soumis aux accords internationaux (voir les listes de l'accord OMC, dont les définitions sont reprises dans l'accord bilatéral, intitulées "CPC", les "Statistical Papers Series M No 77" des Nations Unies portant le titre "Central Product Classification CPC"). Seuls les marchés mentionnés dans les accords internationaux (et qui atteignent les valeurs seuils prescrites) sont soumis aux dispositions desdits accords. Cette classification peut être modifiée pratiquement sans participation de la Suisse, si bien que depuis la modification des "Provisionals CPC" en une classification définitive des CPC, les accords signés par la Suisse reposent sur des bases de données dépassées, qui restent néanmoins formellement valables. C'est pourquoi la révision de cet alinéa et la suppression de l'alinéa 2 ne représentent pas une modification matérielle, si ce n'est que l'alinéa 1 ne concerne que le domaine des accords internationaux. Les types de marchés soumis à ces derniers n'ont pas été énumérés dans l'AIMP, dès lors qu'ils figurent dans les listes de CPC précitées.

*Alinéa 3:* Dans le domaine des marchés publics non soumis aux traités internationaux, tous les types de marchés sont soumis à l'AIMP, tant ceux des cantons que des communes, afin de satisfaire à l'exigence légale fondée sur le principe de non-discrimination consacré à l'article 5 en relation avec les articles 1 et 3 LMI.

*Art. 7, al. 1, al. 1bis (nouveau), al. 1 ter (nouveau), al. 2 / Seuils*

*Alinéas 1 et 1bis:* L'alinéa 1 ne contient plus l'énumération des valeurs seuils applicables à l'accord OMC, qui avait fait l'objet de plusieurs adaptations liées à l'évolution du cours entre les droits de tirage spéciaux (DTS) et le franc suisse, lesquelles étaient communiquées dans des notifications séparées, sans que le texte de l'AIMP ne soit modifié. Ainsi, au niveau fédéral, des ordonnances sur l'adaptation des valeurs seuils ont été introduites, d'année en année, tandis qu'au niveau cantonal, la liste des valeurs seuils du marché interne non soumis à l'AIMP se trouvent actuellement, pour ce qui concerne le canton de Neuchâtel, dans le RELCMP (art. 3). Dès lors qu'une troisième liste de valeurs seuils, calculées en EURO, doit trouver application dans le cadre de l'accord bilatéral, qui inclut les communes et d'autres domaines non soumis à l'accord OMC, il est apparu plus approprié de reproduire celles-ci, avec leur conversion en francs suisses, dans les annexes de l'AIMP 1a (accord OMC), 1b (accord bilatéral) et 2 (marché intérieur).

Quant à l'annexe 2 relative aux valeurs seuils et aux procédures applicables aux marchés non soumis aux traités internationaux, les directives cantonales pourront préciser le mode de calcul de la valeur du marché. Cette annexe fixe la limite à partir de laquelle le choix de la procédure d'adjudication publique (ouverte ou sélective) est obligatoire, seuls les marchés publics dont la valeur n'atteint pas les seuils prévus pouvant être attribués selon la procédure d'invitation ou de gré à gré. Des propositions de valeurs seuils ont été soumises à tous les cantons lors d'une consultation du 20 novembre 2001 et le résultat d'une analyse approfondie de toutes les réponses a conduit à la prise en compte des valeurs seuils retenues dans ladite annexe, ces dernières correspondant, également de l'avis de la commission de la concurrence, aux exigences posées par la LMI pour les restrictions du marché libre. Pour le canton de Neuchâtel, les valeurs seuils actuelles, telles que fixées à l'article 3 RELCMP, sont inférieures à celles de l'annexe 2, de telle sorte que le domaine du marché interne échappant à l'application des procédures ouvertes ou sélectives de l'AIMP se trouve étendu dans une mesure non négligeable.

*Alinéa 2:* Il s'agit de la clause *de minimis*, qui permet de trouver la limite séparant le champ d'application des traités internationaux de celui du droit des marchés non soumis à ceux-ci, à raison de la valeur globale attribuée à plusieurs marchés publics de

construction pour un même ouvrage et des valeurs calculées séparément au-dessous d'une certaine proportion. Cet alinéa revêt ainsi une importance particulière, en ce sens qu'il précise le mode de calcul conduisant, le cas échéant, à soustraire certains marchés publics à l'application des traités internationaux, pour autant qu'ils n'atteignent pas séparément la valeur de 2 millions de francs et, calculés ensemble, ne dépassent pas 20% de la valeur totale de l'ouvrage.

*Art. 8, al. 1, let. a, b (abrogée), c, d, al. 2 (nouveau), let. a (nouvelle), b (nouvelle), al. 3 (nouveau), al. 4 (nouveau) / Adjudicateur*

L'article 8 a été complètement refondu et énumère désormais les marchés publics soumis ou non aux traités internationaux en fonction des pouvoirs adjudicateurs, selon la nature de l'activité déployée (tâche publique, commerciale ou industrielle) et selon le secteur d'activité économique considéré.

*Alinéa 1:* Il est permis de relever que la rédaction de l'alinéa 1 est générale et, en tant qu'elle se réfère aux accords internationaux applicables et aux définitions qui y sont fournies, aucune révision de ce texte n'est nécessaire en cas d'extension des accords internationaux (voir l'alinéa 1, let. c et d). Le principe veut que les cantons, les communes et les entités de droit public au niveau cantonal et communal (c'est-à-dire des corporations, établissements de droit public, fondations, associations et autres) soient soumis à l'accord lorsqu'ils exécutent des tâches publiques. Si ces dernières ont un caractère commercial ou industriel, elles ne sont pas soumises à l'accord bilatéral (ainsi en va-t-il, par exemple, de la banque cantonale ou d'entreprises publiques ou étatisées qui n'assument pas de tâches publiques). De même, les institutions et organisations actives dans les domaines de l'approvisionnement en eau, en énergie, en transport et en télécommunications au bénéfice de concessions ou de monopoles, sont également soumises à l'accord bilatéral, pour leur activité en Suisse.

*Alinéa 2:* Il y a lieu de préciser que les institutions publiques mentionnées à l'alinéa 1 sont également soumises à l'AIMP lorsqu'elles attribuent des marchés qui ne sont pas englobés dans le domaine des marchés publics soumis aux traités internationaux, comme par exemple, lorsqu'ils n'atteignent pas les valeurs seuils prescrites, de telle sorte que sont assujettis à l'AIMP non seulement les cantons, les communes, mais également tous les concessionnaires de tâches cantonales ou communales, qu'ils soient de droit public ou de droit privé. Dès que les pouvoirs publics en assurent la maîtrise, de par une majorité au capital social ou au conseil d'administration, ou dans les organes d'une fondation ou autre, ils sont soumis à l'AIMP, seules les tâches purement commerciales étant exclues de son champ d'application. Quant aux projets et prestations subventionnés à plus de 50% de leur coût total par des fonds publics, ils sont également soumis à l'AIMP.

*Alinéa 3:* La question du droit applicable se pose lorsque des organisations administratives supérieures contrôlées par des cantons adhérents ou non à l'AIMP, telles que les associations régionales ou autres, adjugent des marchés en commun, par exemple pour la construction de centrales ou de bâtiments qui ne se trouvent pas nécessairement dans le canton de domicile.

*Art. 9, al. 1, let. b, c (abrogée) / Soumissionnaires; réciprocité*

Il résulte de cette disposition qu'un soumissionnaire ne possédant pas de siège ou de succursale en Suisse ne peut exiger l'application des dispositions relatives au marché intérieur. Il y a néanmoins lieu d'observer qu'en vertu de l'article 6, alinéa 3, de l'accord bilatéral, on doit tendre vers l'application d'un large principe de non-discrimination, qui impose aux pouvoirs adjudicateurs concernés par l'accord bilatéral de traiter les

soumissionnaires de manière non-discriminatoire même au-dessous des valeurs seuils (clause "best endeavour"). Ainsi, les cantons et les communes sont libres d'aller au-delà de leurs obligations internationales, tout en respectant le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires internationaux et nationaux.

#### *Art. 10 al. 1, let. c / Exceptions*

Cette disposition n'appelle pas de remarque particulière.

#### *Section 4: Procédure*

##### *Art. 12, al. 1, let. b bis (nouvelle), al. 2 (abrogé), al. 3 / Types de procédures*

*Alinéa 1, let. b bis:* Cette disposition introduit la procédure sur invitation dans l'AIMP, valable seulement pour les marchés non soumis aux traités internationaux compris entre deux valeurs seuils fixées par l'annexe 2. Cette procédure est déjà connue dans la législation neuchâteloise, pour les marchés publics non soumis à l'AIMP (voir l'art. 13 LCMP).

*Alinéa 3:* Plutôt que de prévoir une réglementation détaillée sur les concours d'études ou les concours portant sur les études et la réalisation, le texte proposé se contente de faire référence aux dispositions des associations spécialisées, selon lesquelles la procédure est libre, dans la mesure où de telles dispositions ne violent pas les principes de l'AIMP (interdiction du protectionnisme, exigence de transparence au minimum dans l'appel d'offres et l'évaluation, possibilité d'une voie de recours devant un tribunal, etc.).

##### *Art. 12 bis (nouveau) / Choix de la procédure*

Cette disposition n'apporte pas de nouveauté, si ce n'est que la réglementation est plus claire, de par la distinction opérée entre les procédures applicables aux marchés publics soumis aux traités internationaux (al. 1) et les procédures applicables aux marchés publics non soumis auxdits traités (al. 2). Il sied néanmoins de relever qu'un pouvoir adjudicateur peut choisir une procédure de niveau supérieur, par exemple en ouvrant un marché à l'étranger alors même qu'il n'atteint pas les valeurs seuils, mais il doit alors respecter toutes les règles correspondant à la procédure choisie.

*Alinéa 3:* De même, s'agissant des marchés de niveau interne, l'alinéa 3 laisse aux cantons le soin d'abaisser, dans leurs législations d'exécution respectives, les valeurs seuils de l'annexe 2, mais sans pouvoir se réserver la réciprocité et avec l'obligation, dès le montant prévu, d'ouvrir leur marché aux soumissionnaires extra-cantonaux.

##### *Art. 13, al. 1, let. a, j (nouvelle) / Les dispositions d'exécution cantonales*

Deux nouveautés sont introduites ici quant au contenu minimal que doivent prévoir les dispositions d'exécution cantonales. La première nouveauté réside dans l'obligation faite aux cantons de garantir les publications obligatoires, ainsi que la publication des valeurs seuils déterminantes et de toute modification y relative. L'AIMP ne définit pas le mode des publications, y compris s'agissant des appels d'offres, mais elles doivent être accessibles à tout un chacun. L'AIMP ne saurait non plus restreindre les publications par voie de procédés électroniques, qui doivent au contraire être favorisées, comme le prescrit l'article 12 de l'accord bilatéral.

La seconde nouveauté a trait à l'obligation d'assurer l'archivage des documents concernant les procédures d'adjudication, la durée prescrite étant de 3 ans, selon l'article

5, alinéa 2, de l'accord bilatéral et l'article XX, alinéa 4, de l'accord OMC. Il incombe aux cantons de réglementer la manière dont l'archivage doit être assuré, au besoin avec l'appui des recommandations contenues dans les directives-type d'application de l'AIMP (DEMP).

*Section 5: Voies de droit*

*Art. 15, al. 1 bis (nouveau), al. 2 bis (nouveau) / Droit et délai de recours*

*Alinéa 1 bis:* Ce texte apporte deux compléments à celui actuellement en vigueur, en dressant une liste exhaustive des décisions sujettes à recours, prenant en compte les exigences fixées tant par les accords internationaux que par la loi sur le marché intérieur (voir en particulier l'art. 9, al. 1, LMI).

*Alinéa 2 bis:* Cette règle a été édictée dans le souci de favoriser la célérité des procédures judiciaires pendantes, en matière de marchés publics, auxquelles les fêtes judiciaires ne s'appliquent pas.

*Section 6: Vérification*

*Art. 21, al. 3 (nouveau) / Entrée en vigueur*

Cette disposition n'appelle pas de commentaire particulier.

## **6. DISPOSITIONS D'EXECUTION DE L'AIMP**

Selon l'article 13 du projet de révision de l'AIMP, il incombe aux cantons d'arrêter les dispositions d'exécution de l'accord. Outre les questions de procédure, réglées aux articles 15 et suivants du nouvel AIMP, nous vous proposons de confier formellement au Conseil d'Etat la compétence d'arrêter les dispositions d'exécution découlant de l'AIMP révisé.

## **7. REVISION DE LA LCMP**

### **7.1. Motifs de la révision de la LCMP**

La révision de l'AIMP implique une adaptation de la législation cantonale et de la réglementation y relative, notamment en relation avec l'introduction des nouvelles valeurs seuils définies dans les annexes 1a et 1b pour les marchés publics soumis aux traités internationaux, ainsi que dans l'annexe 2 pour les marchés publics non soumis aux traités internationaux.

Comme nous l'avons déjà exposé précédemment, ces annexes font partie intégrante de l'AIMP révisé et acquièrent dès lors force obligatoire à l'égard des cantons dès leur adhésion à celui-ci.

Si la révision de la LCMP vise à intégrer les règles de l'AIMP applicables aux marchés publics soumis aux traités internationaux, elle vise aussi et surtout à réaliser une harmonisation des pratiques cantonales, dont on a vu qu'elles ont donné lieu, sous l'empire de l'AIMP actuel, à de nombreux cas d'inégalités de traitement.



Il y a en outre lieu de tenir compte également des nouveaux principes consacrés par l'AIMP, intégrés dans le projet de loi, tels que le traitement confidentiel des informations ou encore le renforcement du principe de la concurrence efficace par l'introduction d'une voie de recours contre les décisions reposant sur une violation de celui-ci. Il sied aussi de mentionner les nouvelles exigences posées notamment en matière de forme des diverses procédures d'adjudication, de choix entre celles-ci, de protection juridique (extension des décisions sujettes à recours; non-application des fêtes judiciaires), ainsi qu'en matière de publicité et d'archivage, qui pour la plupart ressortissent, comme on le verra ci-dessous, à la réglementation légale, les dispositions d'exécution nécessaires étant réservées à la compétence du Conseil d'Etat.

Le projet de loi modifiant la LCMP procède par ailleurs d'un choix quant à la délimitation des règles devant figurer dans la loi par opposition à celles qui ressortissent à son règlement d'exécution, selon leur caractère normatif ou exécutoire. Dans un souci de clarté et d'utilité pratique de la loi, mais aussi pour des raisons de compréhension et de cohérence, il est apparu nécessaire d'intégrer dans la loi certaines dispositions figurant tantôt dans les DEMP, tantôt dans le RELCMP. L'importance qualitative et quantitative de la présente révision législative reste néanmoins à signaler.

## **7.2. Contenu de la révision de la LCMP**

La première remarque méritant toute votre attention est que l'AIMP révisé distingue les règles applicables aux marchés publics soumis aux traités internationaux de celles applicables aux marchés publics qui n'y sont pas soumis. La question de savoir s'il fallait reprendre cette systématique dans la loi a été résolue par la négative, dès lors que cette solution n'est pas apparue nécessaire, au vu de la structure et de la qualité de la loi actuelle qui offre, comme seule distinction de ce type, celle qui permet de distinguer les marchés publics soumis à l'AIMP de ceux qui ne le sont pas. Ni l'une ni l'autre de ces distinctions ne se doivent de figurer dans le projet de loi, la première s'avérant inutile et la seconde apparaissant dépassée. En effet, le fait que les marchés publics soient ou non soumis aux traités internationaux n'a pas d'incidence sur l'applicabilité de l'AIMP aux marchés passés dans le canton de Neuchâtel. Ainsi, à plus forte raison, on ne saurait non plus maintenir, dans la LCMP, la distinction entre les marchés soumis à l'AIMP et ceux qui n'y sont pas soumis, dès lors que l'annexe 2 de ce dernier est obligatoire et que l'AIMP ne peut qu'être applicable dans son ensemble. C'est la raison pour laquelle toute référence dans la loi aux marchés publics soumis à l'AIMP actuel a disparu, la seule référence étant désormais celle des marchés publics soumis ou non à des accords internationaux, mais dans la seule mesure où cela s'avère indispensable, étant entendu que l'on se réfère alors à l'accord OMC, à l'accord bilatéral ou à tout autre accord international que les cantons peuvent toujours conclure (voir les articles 2 AIMP et 8 LCMP).

Sur un plan formel, la révision de la LCMP ne modifie en rien la structure de la loi, qui reste divisée en quatre chapitres relatifs aux dispositions générales (art. 1 à 8), à la procédure d'adjudication (art. 9 à 36), à l'application de la loi (art. 37 à 47) et aux dispositions transitoires et finales (art. 48 à 51).

Un bref survol des modifications législatives proposées s'impose avant d'aborder le commentaire détaillé de chacun des articles visés par la révision.

### *7.2.1. Les dispositions générales*

Les dispositions générales se rapportent en premier lieu au but poursuivi par la loi, qui règle la procédure et les conditions de passation des marchés publics de constructions, de fournitures et de services dans le canton, en complément à l'AIMP, désormais expressément mentionné, auquel la loi se veut avant tout conforme et dont elle intègre un certain nombre de dispositions. Le but de la loi reste pour le surplus inchangé, à savoir celui d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires, l'impartialité de l'adjudication et la transparence de la procédure de passation des marchés ainsi que de permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics.

S'agissant du champ d'application de la LCMP, il est étendu à d'autres pouvoirs adjudicateurs en vertu d'accords internationaux sur les marchés publics (art. 2, let. e nouvelle) et, s'agissant des marchés dont le coût total est subventionné à plus de 50% par l'Etat, les communes ou leurs établissements, prévus par la loi actuelle, l'hypothèse de la prise en charge par ces derniers du déficit a été ajoutée (article 2, al. 2, in fine).

La nouveauté majeure de ce chapitre se rapporte à ce que le champ d'application de la loi est complété par l'indication des exceptions (art. 2a nouveau), qui figurent actuellement aux articles 2 RELCMP et 10, alinéas 1 et 2, AIMP et par l'énumération des cas d'exclusion de certains marchés à l'application de la loi, qui est de la compétence du Conseil d'Etat (art. 2b nouveau).

Il sied encore de mentionner que le principe du traitement confidentiel des informations (art. 6a nouveau) est introduit, en parallèle à ceux de l'égalité de traitement et de la concurrence efficace et que la réserve d'autres accords internationaux ou intercantonaux est maintenue.

### *7.2.2. Procédure d'adjudication*

Ce chapitre est particulièrement touché par la révision et la section première de celui-ci commence désormais par une disposition relative au choix des procédures dépendant de la valeur des marchés, qui sont, du rang le plus élevé au rang le plus bas, la procédure ouverte, la procédure sélective, la procédure d'invitation et la procédure de gré à gré. A noter que le pouvoir adjudicateur peut opter pour une procédure de rang plus élevé, mais qu'il est alors lié par les règles applicables à la procédure choisie (art. 9 nouveau).

Quant aux procédures applicables, le projet prévoit que les marchés sont en principe adjugés selon la procédure ouverte ou la procédure sélective, en fonction des valeurs seuils des annexes 1a et 1b, mais qu'ils peuvent être adjugés selon la procédure d'invitation ou de gré à gré, en fonction des valeurs seuils contenues dans l'annexe 2 de l'AIMP (art. 9a nouveau). Toute référence à des valeurs limites arrêtées par le Conseil d'Etat (voir l'art. 3 RELCMP) est supprimée.

Les définitions des quatre types de procédures ont été affinées, surtout s'agissant de la procédure ouverte (voir les art. 10 et 10a), la procédure sélective (voir les art. 11, 11a, 11b et 11c, 12 et 12a) et la procédure d'invitation (voir les art. 13 et 13a). Pour chacune de ces procédures, il est expressément prévu que les offres sont jugées d'abord selon les critères d'aptitude, puis selon les critères techniques ou autres et enfin selon le prix. Quant à la procédure de gré à gré, définie à l'article 14 du projet, elle connaît une nouveauté d'importance, puisqu'elle est applicable, sans égard à la valeur du marché, lorsque le pouvoir adjudicateur déclare par avance qu'il entend adjuger le marché au lauréat d'un concours de projets ou portant sur les études et la réalisation, l'article 15, alinéa 6, du projet reprenant en cela le paragraphe 9, alinéa 1, lettre *j*, DEMP. Enfin, conformément à l'article 13, lettre *a*, AIMP, il est prévu que le Conseil d'Etat arrête les dispositions nécessaires à la publication des valeurs seuils prévues dans les annexes 1a, 1b et 2 de l'AIMP (art. 15a du projet).

La section 2 de ce chapitre règle la procédure d'adjudication s'agissant des offres (forme et contenu de l'appel d'offres et du dossier de soumission; critères d'aptitude; exclusion; forme et durée de validité de l'offre; rémunération et usage des offres). Les principales nouveautés de cette section se rapportent au mode de publication de l'appel d'offres, qui doit non seulement paraître dans la Feuille officielle, mais également sur le site Internet simap.ch (art. 16, al. 1). Par ailleurs, le contenu de l'appel d'offres (art. 17) et du dossier de soumission (art. 18) ont été enrichis par l'introduction de nouvelles mentions prévues respectivement dans les paragraphes 12 et 14 DEMP, deux mentions étant au surplus ajoutées pour le premier et une pour le second, à savoir l'exclusion ou la limitation de l'emploi par le soumissionnaire de sous-traitants, le délai à partir duquel le dossier de soumission sera disponible (art. 17, al. 1, let. *m* et let. *o*) et l'invitation faite au soumissionnaire d'indiquer, dans son offre, quelles pièces particulières il tient pour confidentielles (art. 18, let. *l*). En outre, un nouveau motif d'exclusion est prévu à l'article 21, lettre *e*, lorsque l'offre repose sur un acte, une convention ou une entente de nature à fausser la concurrence efficace au sens de l'article 6 de la loi. Enfin, l'article 24, alinéa 2, du projet renvoie au code des obligations pour la fixation du mode et de l'étendue de la réparation des dommages consécutifs au retrait de l'offre par le soumissionnaire ou à l'inexécution du contrat par l'adjudicataire.

La section 3 de ce chapitre concerne l'adjudication (vérification de l'aptitude; ouverture et examen des offres; critères d'adjudication; division du marché; décision d'adjudication; contrat; sous-traitance). Les principales nouveautés de cette section se rapportent, d'une part, à la publication, pour les marchés publics soumis à un accord international sur les marchés publics, de la décision d'adjudication dans la Feuille officielle et sur le site Internet simap.ch (art. 32, al. 3 et 4) et, d'autre part, à l'obligation faite au pouvoir adjudicateur d'aviser immédiatement le Tribunal administratif de la conclusion du contrat, lorsqu'une procédure de recours est pendante sans que l'effet suspensif ait été prononcé (art. 33, al. 2).

Quant à la section 4 de ce chapitre, elle porte sur les motifs et la procédure d'interruption et de répétition de la procédure d'adjudication. Deux motifs ont été ajoutés ici, l'un portant sur le cas où toutes les offres dépassent le montant du crédit prévu ou octroyé et l'autre portant sur deux hypothèses dans lesquelles les offres ne permettent pas de garantir une concurrence efficace en raison de leur nombre (art. 36 al. 2, let. *a* et *b*).

### *7.2.3. Application de la loi*

Il s'agit ici, en premier lieu, des prescriptions de la section 1 du chapitre 3 de la loi applicables à la surveillance de l'exécution du marché adjudgé par le pouvoir adjudicateur ou l'organe de contrôle désigné par ses soins et du devoir de collaboration de l'adjudicataire. A noter que les articles 37 et 38 de la loi n'ont subi aucune modification. Quant aux articles 39 et 40, réglant respectivement la révocation de l'adjudication et les sanctions en cas de violation grave des dispositions applicables en matière de marchés publics, ils ont été complétés conformément aux paragraphes 35, 27 et 38 DEMP. C'est ainsi que les motifs d'exclusion de la procédure d'adjudication en cours (art. 21) et la violation des prescriptions de forme (art. 23) sont, lorsqu'ils sont découverts après l'adjudication, des motifs de révocation et que les sanctions prévues sont désormais, outre l'exclusion des procédures d'adjudication à venir pour une durée de cinq ans au plus, l'avertissement et la pénalité, cette dernière pouvant être cumulée avec les autres sanctions.

La section 2 de ce chapitre règle la procédure et les voies de droit, tout d'abord par un renvoi, sous réserve des prescriptions particulières de la loi, aux dispositions de la loi sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA), du 27 juin 1979. L'article 42, alinéa 2, du projet contient, par rapport à la loi actuelle, une liste plus importante des décisions du pouvoir adjudicateur pouvant faire l'objet d'un recours. La principale nouveauté est

l'ouverture d'une voie de recours contre la publication de l'appel d'offres ainsi que le dossier de soumission dès sa mise à disposition (let. a), de même que contre la décision de mise à l'écart pour cause de violation grave des prescriptions de forme (let. d), contre la décision d'adjudication et sa révocation, y compris dans la procédure d'invitation et la procédure de gré à gré lorsque deux offres ont été demandées (let. e) et enfin contre la décision d'adjudication suite à un concours (let. f). De plus, pour les cantons qui n'ont pas encore adhéré à l'Accord intercantonal du 15 mars 2001 modifiant l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994, il est précisé que seules les restrictions à la liberté de l'accès au marché, au sens de l'article 9 LMI, peuvent faire l'objet d'un recours. Par ailleurs, d'importantes nouveautés doivent être mises en exergue, à savoir la non-application des fêtes judiciaires (art. 43, al. 3), la fixation d'un délai de soixante jours au Tribunal administratif pour statuer (art. 45, al. 3), ainsi que l'extension de l'étendue de la réparation du dommage causé par le pouvoir adjudicateur lorsqu'il s'avère que l'adjudication aurait dû être prononcée en faveur du recourant (art. 46, al. 3).

En dernier lieu, la section 3 de ce chapitre de la loi dispose que le Conseil d'Etat arrête les dispositions d'exécution nécessaires, désigne le ou les départements chargés de son application et veille à l'établissement des statistiques et de l'archivage ainsi qu'à la mise en place d'un point de contact conformément aux exigences de l'AIMP.

#### *7.2.4. Dispositions transitoires et finales*

Ce chapitre prévoit une disposition transitoire applicable aux présentes modifications de la loi (art. 48, al. 2).

## **8. EXAMEN DETAILLE DU PROJET DE REVISION DE LA LCMP**

### *Article premier*

*Alinéa 1:* Cet alinéa énonce comme auparavant le but visé par la loi, mais il fait désormais expressément référence à l'Accord intercantonal sur les marchés publics, dont la nouvelle teneur est obligatoire pour les cantons, tant s'agissant des règles applicables aux marchés publics soumis aux traités internationaux, en particulier quant à l'accord OMC et à l'accord bilatéral, que s'agissant des règles applicables aux marchés publics non soumis aux traités internationaux.

Pour ce qui a trait au but de la loi cantonale, il y a également lieu de relever que la loi se veut avant tout conforme à l'AIMP, dont elle intègre une partie des règles normatives, tout en complétant ces dernières là où l'AIMP le prévoit ou le permet. Cette référence expresse à l'AIMP apparaît pertinente en ce qu'elle permet d'intégrer dans la loi, sans la reproduire ni la répéter, la distinction opérée dans l'AIMP entre les règles applicables aux marchés publics soumis aux traités internationaux et celles applicables aux marchés publics qui n'y sont pas soumis. On peut ainsi considérer que les champs d'application des deux textes normatifs se chevauchent, sous réserve de certaines dispositions qui sont restées de la compétence des cantons, tout en étant en adéquation avec l'AIMP.

La rédaction de cet alinéa permet au demeurant de fournir une méthode d'interprétation, en ce sens que ce qui ferait défaut dans la loi doit d'abord être recherché dans l'AIMP et que si, dans un cas donné, plusieurs interprétations d'une disposition de la loi sont envisageables, il y aurait alors lieu de retenir celle qui correspond à la lettre ou à l'esprit de l'AIMP.

## *Article 2*

*Alinéa 1:* la lettre e ajoutée ici doit être comprise comme une clause résiduelle incluant, dans le champ d'application de la loi, l'assujettissement d'autres pouvoirs adjudicateurs prévus dans des accords internationaux, tant bilatéraux que multilatéraux, conclus par la Suisse, le canton de Neuchâtel, seul ou conjointement avec d'autres cantons, avec un ou des Etats étrangers ou une partie de ceux-ci, par exemple s'agissant de régions transfrontalières. A noter que cette adjonction se trouve à l'article 8 AIMP.

*Alinéa 2:* cet alinéa n'appelle pas de remarque particulière, si ce n'est qu'il a été complété par la mention d'une autre forme d'octroi de subventions, à savoir la prise en charge de déficit, au sens de l'article 11, alinéa 2, de la loi sur les subventions, du 1<sup>er</sup> février 1999 (RSN 601.8).

## *Article 2a*

*Alinéas 1, 2 et 3:* c'est dans le but d'énoncer plus distinctement le champ d'application de la loi et de l'AIMP que cet article énumère désormais les diverses exceptions à leur application en reproduisant, d'une part, le contenu de l'actuel article 2 RELCMP, à l'alinéa 1, et en reprenant, d'autre part, le contenu de l'article 10, alinéas 1 et 2, AIMP, respectivement aux alinéas 2 et 3 du présent article.

## *Article 2b*

Ce nouvel article remplace l'article 2, alinéa 3, de la loi actuelle et présente les quatre hypothèses dans lesquelles le Conseil d'Etat peut décider, par voie d'arrêtés spéciaux, de soustraire certains marchés à l'application de la loi, lorsque son application irait à l'encontre d'autres intérêts publics ou privés prépondérants, soit parce que son application remet en question l'aboutissement même d'un projet de construction en raison des droits ou des exigences de tiers non soumis à la loi, soit parce que les activités en cause sont de nature commerciale ou industrielle, ces activités étant également exclues à l'article 8, alinéa 1, lettre a, et alinéa 2, lettre a, AIMP, soit encore parce que l'application de la loi entraverait gravement l'accomplissement de tâches d'intérêt public, soit enfin parce qu'il s'agit de marchés liés à de grandes manifestations à caractère unique ou extraordinaire. A noter que seules les deux premières hypothèses constituent des nouveautés, les deux dernières hypothèses figurant à l'article 2, alinéa 3, de la loi actuelle.

## *Article 4*

Cet article n'a subi qu'une modification rédactionnelle pour adapter son expression à celle de l'article 9 AIMP.

## *Article 6*

*Alinéa 2:* cet alinéa prévoit, dans le texte actuel de la loi, que les offres reposant sur des actes, conventions ou ententes entre soumissionnaires de nature à fausser la concurrence efficace, actes interdits à l'alinéa 1, doivent être écartées. L'absence de voie de recours contre la décision de mise à l'écart du candidat ou du soumissionnaire fautif n'apparaît pas admissible, au vu notamment de la gravité de cette mesure, qui justifie en soi que son destinataire puisse en contester le bien-fondé et faire valoir notamment le droit d'être entendu. Ainsi et quand bien même cette hypothèse ne revêt qu'une importance pratique infime, la réalisation de ces actes interdits constitue une cause

d'exclusion de la procédure en cours (voir l'art. 21, al. 1, lettre e, nouveau), cette décision étant sujette à recours selon l'article 42, alinéa 2, lettre c du projet.

#### *Article 6a*

*Alinéa 1:* ce nouvel article reprend l'un des principes garantis par l'AIMP, plus précisément à l'art. 11, lettre g de celui-ci. La garantie du traitement confidentiel des informations déploie ses effets durant toute la procédure de passation des marchés, c'est-à-dire dès la publication de l'appel d'offres ou dès l'invitation à présenter une offre, selon la procédure d'adjudication en cause, et ce jusqu'à l'adjudication du marché.

*Alinéa 2:* la loi cantonale sur la protection de la personnalité (LCPP), du 14 décembre 1982 (RSN 150.30), est réservée pour le surplus.

#### *Article 7*

*Alinéa 1:* Cette disposition n'a subi qu'un changement d'ordre rédactionnel et n'appelle pas de remarque particulière.

#### *Article 9*

*Alinéa 1:* cet alinéa introduit les articles suivants en énonçant le principe selon lequel le choix de la procédure d'adjudication dépend avant tout de la valeur des marchés publics.

*Alinéa 2:* il s'agit ici des quatre procédures d'adjudication, énumérées du rang le plus élevé au rang le plus bas, allant de la procédure ouverte et sélective à la procédure d'invitation et enfin à la procédure de gré à gré. Cet alinéa n'apporte pas de nouveauté en droit neuchâtelois, en ce sens que si la procédure d'invitation est nouvellement introduite dans le texte de l'AIMP, à l'article 12 alinéa 1, lettre *b bis* nouvelle, elle figure déjà à l'article 13 de la loi actuelle.

*Alinéa 3:* le choix de la procédure dépend des valeurs seuils fixées, pour chaque type de marchés, dans les annexes de l'AIMP. Ces dernières constituent des valeurs minimales, à partir desquelles la procédure de rang correspondant doit être choisie et appliquée. Il s'ensuit que le pouvoir adjudicateur ne peut pas choisir, pour un marché d'une valeur donnée, une procédure de rang inférieur à celle prescrite, mais qu'il peut, à l'inverse, opter pour une procédure de rang supérieur, par exemple en ouvrant un marché à l'étranger alors qu'il n'atteint pas les valeurs seuils correspondantes ou choisir la procédure d'invitation pour un marché susceptible de se voir adjuger selon la procédure de gré à gré, mais en respectant toutes les règles applicables à la procédure choisie (voir, ci-dessus, le commentaire de l'article 12bis, alinéas 2 et 3, AIMP). Le but d'ouverture des marchés publics ne peut en effet être atteint qu'avec le respect du formalisme propre à chaque procédure d'adjudication, les garanties prévues étant d'autant plus étendues que la valeur du marché est importante, non seulement eu égard à l'ouverture du marché à un plus grand cercle de soumissionnaires ou de candidats, mais également eu égard aux exigences accrues posées en matière de protection juridique, de transparence, de publicité et d'archivage. Si la loi et l'AIMP doivent permettre au pouvoir adjudicateur de choisir une procédure de rang supérieur, il ne saurait en revanche être autorisé à créer, par ce biais, une procédure hybride ou "à la carte", ce qui reviendrait à vider les règles normatives de leur contenu.

### *Article 9a*

*Alinéas 1 et 2:* Ces alinéas se réfèrent explicitement aux valeurs seuils contenues dans les annexes 1 et 2 de l'AIMP réglant le choix des procédures d'adjudication des marchés publics soumis à l'accord OMC (annexe 1a) ou à l'accord bilatéral (annexe 1b) et des marchés publics non soumis aux traités internationaux (annexe 2). Les annexes se présentent sous la forme de tableaux qui indiquent les valeurs seuils et les procédures d'adjudication correspondantes, pour chaque type de marchés publics, à savoir les marchés de construction, de biens et de services (voir l'art. 12 AIMP).

L'alinéa 1 prévoit que les marchés publics soumis à des accords internationaux sont en principe adjugés selon la procédure ouverte ou sélective. Il n'apparaît pas utile d'énoncer les exceptions au principe, puisqu'il s'agit des cas prévus dans les accords internationaux pouvant être adjugés selon la procédure de gré à gré, comme cela ressort expressément de l'article 12bis, alinéa 1, AIMP in fine.

S'agissant de l'alinéa 2, qui se rapporte à l'annexe 2 de l'AIMP et donc aux marchés publics non soumis aux accords internationaux, il dispose que ceux-ci peuvent être adjugés selon la procédure d'invitation ou de gré à gré. La rédaction de cet alinéa est conforme à celle de l'article 9, alinéa 3, du présent projet, en laissant au pouvoir adjudicateur, ici implicitement, la possibilité de choisir une procédure de rang supérieur, sous réserve du respect des règles y relatives (voir le commentaire de l'article 9, alinéa 3, précité).

### *Article 10*

*Alinéa 1:* cet alinéa n'appelle pas de remarque particulière.

*Alinéa 2:* cette disposition permet de définir, dans la loi, l'ordre dans lequel le pouvoir adjudicateur doit examiner les offres. Il s'agit d'une base légale consacrant le principe de l'ouverture séparée des enveloppes, ancré actuellement à l'article 26, alinéa 2, RELCMP. On pourrait ainsi envisager que le pouvoir adjudicateur écarte une offre déjà à l'issue de l'examen des critères d'aptitude ou, si ces derniers sont jugés satisfaisants, sur la base de l'examen des critères techniques ou autres, auxquels cas on ne pourrait pas lui reprocher de ne pas prendre connaissance de l'enveloppe contenant le prix offert. La réglementation détaillée concernant le traitement de ces critères techniques et autres (critères d'adjudication) sera définie dans le règlement d'exécution.

### *Article 11*

Cette disposition n'appelle pas de remarque particulière, seules la numérotation de l'article et la teneur de la note marginale étant modifiées.

### *Article 11a*

Cette disposition n'appelle pas de remarque particulière, seules la numérotation de l'article et la teneur de la note marginale étant modifiées.

### *Article 11b*

*Alinéa 1:* cet alinéa n'appelle pas de remarque particulière.

*Alinéa 2:* cette disposition tend vers une plus grande transparence de la première phase de la procédure sélective, puisqu'elle oblige le pouvoir adjudicateur à indiquer d'emblée, dans l'appel d'offres ou le dossier de présélection, s'il entend limiter le nombre des candidats qui seront appelés à présenter une offre et, dans l'affirmative, leur nombre, ainsi que, s'agissant du dossier de présélection, les critères du choix des candidats. Cet alinéa est nécessaire dès lors que la décision relative au choix des participants est sujette à recours (voir le commentaire de l'article 12 ci-dessous).

#### *Article 11c*

Cette disposition n'appelle pas de remarque particulière.

#### *Article 12*

*Alinéas 1 et 2:* la décision relative au choix des participants à la procédure sélective est sujette à recours, conformément à l'article 42, alinéa 2, lettre *b*.

#### *Article 12a*

Cet article correspond à l'article 10, alinéa 2, applicable à la procédure ouverte.

#### *Article 13*

Le contenu de cet article correspond à celui de l'article 12, alinéa 1, lettre *b bis*, AIMP.

#### *Article 13a*

*Alinéa 1:* cette disposition n'appelle pas de remarque particulière.

*Alinéa 2:* Cet alinéa correspond à l'article 10, alinéa 2, et à l'article 12a, respectivement applicables à la procédure ouverte et sélective.

#### *Article 14*

Cette disposition n'appelle pas de remarque particulière.

#### *Article 14a*

On réserve ici les dispositions d'exécution relatives notamment à la publication dans la procédure ouverte et la procédure sélective, à la présentation de l'offre et aux spécifications techniques, se trouvant actuellement aux articles 25 à 27 RELCMP.

#### *Article 15*

A l'instar de l'AIMP, seul un article de la loi règle la question de l'organisation de concours. C'est ainsi que l'article 15 du présent projet, tout comme l'article 12, alinéa 3, AIMP, ne contient pas de réglementation détaillée sur les concours d'études ou les concours portant sur les études et la réalisation. Il sied dès lors de se référer, pour le surplus, aux articles 9 et suivants RELCMP ainsi qu'au règlement des concours d'architecture et d'ingénierie SIA



142, édition 1998 (ci-après: norme SIA 142), qui constituent à l'heure actuelle les "*directives élaborées en collaboration avec les associations professionnelles concernées*", auxquelles se réfère cet article.

La norme SIA 142 a été approuvée par l'assemblée des délégués de la SIA le 12 juin 1998 à Ittigen (BE) et a remplacé les règlements SIA 152, édition 1993, et SIA 153, édition 1991. Elle a par ailleurs fait l'objet de l'approbation des organisations partenaires selon la liste dressée au bas de la norme.

En bref, la norme SIA 142 règle les concours d'architecture et d'ingénierie de manière détaillée et se compose d'un préambule suivi de définitions diverses, d'une trentaine d'articles divisés en neuf parties et enfin d'une annexe relative aux mandats d'étude parallèles. En bref, elle traite: des bases du concours, à savoir les raisons d'être du concours (art. 1) et le but du règlement (art. 2); des genres de concours, à savoir les concours portant sur les études (art. 3), les concours portant sur les études et la réalisation (art. 4) et les concours à plusieurs degrés (art. 5); des procédures, comprenant la procédure ouverte (art. 6), la procédure sélective (art. 7) et la procédure par invitation (art. 8); des acteurs du concours, c'est-à-dire le maître de l'ouvrage (art. 9), le jury (art. 10), les experts (art. 11) et le participant (art. 12); d'un guide pour la conduite des concours relatif au programme du concours (art. 13), aux réponses aux questions (art. 14), au compte-rendu de l'examen préalable (art. 15) et au rapport du jury (art. 16); des prix, mentions et indemnités (art. 17); du déroulement du jugement, en général (art. 18), des exclusions (art. 19), du jugement (art. 20), de l'établissement du classement (art. 21), de l'attribution des prix et des mentions (art. 22), des recommandations du jury (art. 23), de la conclusion (art. 24) et de la publication (art. 25); des droits d'auteurs et prétentions découlant du concours (art. 26 et 27) ainsi que des plaintes (art. 28), de même enfin que des adaptations (art. 29) et de l'approbation (art. 30).

*Alinéa 1:* la teneur de cet alinéa, qui n'a subi qu'une modification d'ordre rédactionnel, n'appelle pas de remarque particulière.

*Alinéa 3:* cet alinéa énumère les divers types de concours, parmi lesquels se trouvent les concours d'idées et les concours de projets qui font l'objet de dispositions particulières aux alinéas 5 et 6. Pour plus de détails, il y a lieu de se référer au chapitre 2 du RELCMP et aux articles 3 à 5 de la norme SIA 142.

*Alinéa 4:* cet alinéa se contente de faire référence aux dispositions des associations spécialisées précitées, pour autant qu'elles respectent les principes de la loi. La norme SIA 142 renvoie du reste expressément, dans son préambule, aux lois et ordonnances de la Confédération, des cantons et des communes, dont elle rappelle la primauté pour les concours organisés par un maître d'ouvrage public, les prescriptions légales correspondantes prévalant contre le règlement contenu dans la norme SIA 142.

Quant aux principes dont il est question à cet alinéa, on peut mentionner l'égalité de traitement, l'indépendance, la transparence et la publicité de la procédure d'adjudication, de même que la protection juridique, dont le respect dépend de l'existence d'une voie de recours devant un tribunal. Ainsi, le pouvoir adjudicateur doit-il choisir le type de mise au concours et la procédure applicable selon les critères figurant dans la loi, notamment s'agissant des valeurs seuils. Une fois son choix accompli, le pouvoir adjudicateur est lié par les règles applicables à la procédure choisie et il ne peut se prévaloir que des exceptions légales, notamment s'agissant de celles prévues aux alinéas 5 et 6 ci-dessous.

*Alinéa 5:* cet alinéa reprend l'actuel alinéa 4 de la loi, sous réserve d'une modification de la deuxième phrase, in fine, selon laquelle l'auteur d'un projet retenu a le droit de se voir adjuger "le marché d'étude supplémentaire et d'exécution", en lieu et place de la formulation "le marché d'étude supplémentaire ou d'exécution" prévu dans la loi actuelle.

Par ailleurs, cet alinéa correspond à l'article 27.1, lettres *a* et *b*, de la norme SIA 142, dont il résulte aussi que le lauréat d'un concours d'idées n'a pas de droit sur un mandat de poursuite des études (let. *a*) et que le lauréat d'un concours de projets a droit au mandat tel qu'il est formulé dans le programme de concours, conformément aux articles 3.3 et 13.3, lettre *g* de la norme (let. *b*).

*Alinéa 6*: cette disposition reprend le paragraphe 9, alinéa 1, lettre *j*, DEMP.

*Alinéa 7*: il s'agit de l'alinéa 5 de la loi actuelle.

*Alinéa 8*: il s'agit d'une nouvelle décision sujette à recours, prévue à l'article 42, alinéa 2, lettre *f* du projet.

### *Article 15a*

La publication des valeurs seuils déterminantes et de toute modification y relative est obligatoire, à teneur de l'article 13, lettre *a*, AIMP. L'AIMP ne définit pas le mode des publications, mais il y a lieu de rappeler ici que les publications par voie de procédés électroniques doivent être favorisées selon l'article 12 de l'accord bilatéral.

### *Article 16*

*Alinéa 1*: l'exigence d'une double publication de l'appel d'offres découle en partie du paragraphe 10, alinéas 1 et 2, DEMP, selon lequel, pour les procédures ouvertes ou sélectives, l'appel d'offres doit paraître au minimum dans la Feuille officielle cantonale (al. 1) et également, pour les marchés publics soumis aux traités internationaux, sur une plate-forme électronique commune entre la Confédération et les cantons ou sous la forme d'un résumé dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC). L'exigence prévue par l'article 16, alinéa 1, du présent projet apparaît plus contraignante que celle prévue par le paragraphe 10 DEMP, puisqu'elle concerne aussi les marchés publics non soumis aux accords internationaux sur les marchés publics.

Le choix du second procédé de publication s'est porté sur la plate-forme électronique simap.ch, déjà opérationnelle, qui a notamment pour but de centraliser toutes les informations liées à la passation des marchés publics et qui propose des formulaires d'appels d'offres et d'adjudication standardisés pour tous les pouvoirs adjudicateurs publics suisses. Ce procédé de transmission des informations par voie électronique est en pleine évolution et se veut interactif. Il sied dès lors de le présenter brièvement comme suit.

Le projet simap.ch s'est construit sur la base de deux dispositions juridiques, à savoir l'article XXIV, paragraphe 8, de l'accord OMC et l'article 12, alinéas 1 et 2 de l'accord bilatéral, qui encouragent l'utilisation des technologies de l'information pour assurer les échanges d'information et la transparence des procédures d'adjudication.

En septembre 2000, le projet simap.ch (système d'information sur les marchés publics en Suisse) a été lancé, sur l'initiative des cantons de Vaud et Genève, en vue de réaliser une application informatique pour le traitement des appels d'offres. La mise en œuvre du projet a d'abord été réalisée sur la base de la plate-forme Internet vaudoise. Puis, au vu du soutien apporté par les autres cantons romands et le canton du Tessin, rejoints plus tard par les cantons alémaniques et la Confédération, l'association simap.ch a été constituée, le 17 janvier 2002. Elle regroupe actuellement 22 cantons et la Confédération, comme membres partenaires du projet, ce qui représente plus de 5000 pouvoirs adjudicateurs (administrations fédérales et cantonales et communes, fondations de droit

public, entreprises fédérales et cantonales), soit 90% des appels d'offres sur les 90.000 déposés annuellement.

Par l'utilisation du site Internet simap.ch, on tend vers une application plus judicieuse des principes de base de la passation des marchés publics selon les accords internationaux, soit l'accord OMC et l'accord bilatéral et selon l'AIMP, à savoir notamment l'efficacité de la mise en concurrence, la transparence des procédures, l'accessibilité à l'information et aux marchés, ainsi que l'économie des deniers publics.

Le site Internet simap.ch, ouvert au public depuis le 21 novembre 2002, propose des fonctions de plus en plus diversifiées et riches se rapportant, d'une part, à la mise à disposition de formulaires d'appels d'offres et d'adjudication, à la tenue de listes des appels, à l'inscription des soumissionnaires, au téléchargement des documents d'appel d'offres, aux questions des candidats et aux réponses des pouvoirs adjudicateurs, à la tenue de listes des adjudications. Les fonctions de ce site se rapportent, d'autre part, à la tenue de listes des prestataires qualifiés, à la publication de la législation, des directives, de la jurisprudence, des arrêts du Tribunal fédéral et des tribunaux administratifs cantonaux, à la mise à disposition d'un forum de discussion, à l'offre de programmes de formation, à la tenue de statistiques et enfin, à la mise à disposition de guides pratiques (GIMAP). Enfin, de nouvelles fonctions sont envisagées et font actuellement l'objet d'études de faisabilité financière, juridique et technique, telles que l'intégration de la langue anglaise, le retour électronique des offres avec signature électronique et l'ouverture publique électronique des offres.

Comme cela résulte de ce qui précède, l'utilisation et le développement du site simap.ch représente une innovation d'importance, non seulement pour tous les praticiens actifs dans le domaine des marchés publics, que ce soit les pouvoirs adjudicateurs, les candidats, les soumissionnaires ou encore les juristes ou les autorités administratives et judiciaires, mais également pour le public.

*Alinéa 2:* il importe de prévoir que la publication dans la Feuille officielle fait foi, non seulement quant au contenu de l'appel d'offres, à supposer que des divergences apparaissent avec le contenu de l'appel d'offres publié sur le site simap.ch, mais également et surtout quant à la date de la publication.

Cette disposition doit bien entendu être mise en parallèle avec les articles 1 à 3 de la loi sur la publication des actes officiels, du 20 mars 1972 (RSN 150.20). Il en résulte que les actes insérés dans la Feuille officielle sont opposables aux tiers le jour suivant leur publication et qu'à défaut d'une telle publication, ils sont réputés nonavenus, auquel cas tout tiers peut apporter la preuve qu'il n'en a pas eu connaissance et qu'il n'a pas pu en prendre connaissance malgré tous les soins auxquels il était tenu.

A noter que si la publication sur le site simap.ch ne dispense pas, pour l'heure, de l'obligation de publier dans la Feuille officielle, comme cela vient d'être évoqué, et qu'un simple "clic" sur le site simap.ch renvoie à cette dernière, à la FOSC et à l'organe européen chargé des publications (OP – TED) - le site simap.ch étant au demeurant eurocompatible -, il est envisagé qu'à moyen terme, ce site devienne l'organe officiel de publication, à l'exclusion de tout autre. Cela ne saurait toutefois être le cas tant que tous les problèmes juridiques liés à l'officialisation des données électroniques n'auront pas été résolus.

*Alinéa 3:* cet alinéa n'appelle pas de remarque particulière.

## *Article 17*

*Alinéa 1:* les lettres *b* et *e* restent inchangées. Pour le reste, la présente modification intègre les mentions prévues par le paragraphe 12 DEMP et en ajoute deux, à savoir les lettres *m* et *o*. Cette dernière mention revêt du reste une importance particulière, car elle fixe le moment à partir duquel le délai de recours contre le dossier de soumission commence à courir (voir les art. 42, al. 2, let. *a*, et 43, al. 2, du présent projet de loi).

*Alinéa 2:* cette disposition n'appelle pas de remarque particulière.

## *Article 17a*

Cette nouvelle disposition reprend l'article 16, alinéa 2, de la loi actuelle en désignant les destinataires de l'invitation à présenter une offre.

## *Article 18*

La lettre *d* reste inchangée. Pour le reste, la présente modification intègre les mentions prévues par le paragraphe 14 DEMP et ajoute la lettre *l* relative à l'indication, par le soumissionnaire, des pièces particulières de son dossier qu'il tient pour confidentielles. Il découle de la rédaction même de la lettre *l* que seules des pièces particulières peuvent être tenues pour confidentielles et non pas le dossier intégral.

## *Article 20*

Cette disposition est rendue inutile du fait de l'introduction de l'article 17, alinéa 1, lettre *l*.

## *Article 21*

*Alinéa 1:* Une nouvelle cause d'exclusion (et par là même une nouvelle décision sujette à recours, selon l'art. 42, al. 2, let. *c*, du projet) est ajoutée ici sous lettre *e*: elle concerne le cas figurant à l'article 6, alinéa 2, de la loi actuelle, dont l'abrogation vous est proposée.

*Alinéa 2:* cet alinéa complète l'alinéa 1 pour correspondre davantage à la réalité, en ce sens que dans la plupart des cas de passation des marchés publics, les soumissionnaires s'avèrent être des personnes morales.

## *Article 21a*

Il s'agit d'une décision sujette à recours selon l'article 42, alinéa 2, lettre *c*, du présent projet de loi.

## *Article 22*

*Alinéa 2:* le terme "authenticifiée" utilisé par la loi actuelle est remplacé par le terme "certifiée", qui correspond au sens voulu, qui est d'autoriser le dépôt d'offres non seulement par voie postale, mais également par les moyens électroniques ou messages électroniques, hypothèses dans lesquelles il ne peut s'agir que de l'exigence d'une signature "certifiée".

*Alinéas 5 et 6:* l'exigence de l'indication, par le soumissionnaire, des pièces de son offre qu'il tient pour confidentielles, ressort de l'article 18, lettre *l*, du présent projet de loi. Il s'agit là d'une nouveauté introduite pour tenir compte, à ce stade déjà, de l'éventualité du dépôt d'un recours, à l'occasion duquel un intéressé pourrait être amené à vouloir consulter les offres concurrentes, soit avant le dépôt d'un recours, en le demandant au pouvoir adjudicateur, soit après le dépôt d'un recours, en présentant alors une réquisition auprès du Tribunal administratif visant la production, par le pouvoir adjudicateur, desdites offres. C'est la raison pour laquelle il paraît opportun de prévoir cette exigence selon laquelle l'offre doit contenir cette indication, étant précisé que si le soumissionnaire mentionne que son offre est intégralement ou dans une large mesure considérée comme étant confidentielle, cette dernière, inutilisable notamment pour des recourants éventuels, doit être écartée, s'il n'est pas pallié à ce vice de forme dans le bref délai imparti à cet effet, conformément à l'alinéa 6.

### *Article 23*

*Alinéa 1:* cette disposition n'appelle pas de remarque particulière, si ce n'est qu'il est désormais prévu que la demande de participation ou l'offre doit être accompagnée de toutes les annexes requises.

*Alinéa 3:* il s'agit ici d'une nouveauté, en ce sens que cette décision est sujette à recours selon l'article 42, alinéa 2, lettre *d*, du projet.

### *Article 24*

*Alinéa 2:* cet alinéa prévoit les conséquences juridiques liées au retrait de l'offre par le soumissionnaire ou, à un stade ultérieur, à l'inexécution du contrat par l'adjudicataire, de nature à causer un préjudice au pouvoir adjudicateur, lequel peut être amené soit à interrompre et à répéter la procédure d'adjudication, si l'une ou l'autre des hypothèses de l'article 36 est réalisée, soit à adjuger le marché à un autre soumissionnaire et à un prix plus élevé. Il paraît adéquat, lorsque le soumissionnaire, respectivement l'adjudicataire souhaite renoncer à poursuivre ses engagements pré-contractuels ou contractuels, de prévoir, par un renvoi exprès au code des obligations, les moyens de droit dont dispose le pouvoir adjudicateur en vue de la réparation des dommages éprouvés.

Cet alinéa est l'expression des conséquences juridiques découlant du premier alinéa. Il vise à garantir le principe de la sécurité juridique et par là même le bon déroulement de la procédure d'adjudication. De toute manière, indépendamment de cette mention, il résulte des principes généraux du droit de la responsabilité contractuelle que celui qui retire une offre engage sa responsabilité, en application du code des obligations.

### *Article 26*

*Alinéa 1:* cet alinéa est complété par la mention figurant à l'alinéa 2 de la loi actuelle relative à l'accord du soumissionnaire.

*Alinéa 2:* cet alinéa est remplacé par l'actuel alinéa 3, selon lequel l'offre retenue, avec tous les documents qui s'y rapportent, appartient au pouvoir adjudicateur.

### *Article 30*

*Alinéa 2:* il s'agit ici de définir les critères pertinents pour l'évaluation de l'offre économiquement la plus avantageuse. Il s'agit des critères définis dans le dossier de soumission, comme le prescrit l'article 38 RELCMP, à l'exclusion de critères étrangers au marché, tels que les critères liés au domicile, à des considérations d'ordre fiscal ou politique, qui se rapportent à la personne du soumissionnaire, mais ni à sa qualification, ni aux avantages économiques de son offre.

L'article 18, lettre *j*, prescrit que le dossier de soumission doit contenir les critères d'adjudication par ordre d'importance ainsi que leur pondération, de telle sorte que le pouvoir adjudicateur est lié par cette indication; dès lors, c'est sur la base de celle-ci qu'il doit évaluer les offres et retenir l'offre économiquement la plus avantageuse.

A noter enfin que selon le paragraphe 32 DEMP, les critères pouvant être pris en considération pour l'évaluation de l'offre économiquement la plus avantageuse sont en particulier liés à la qualité, au prix, à la convenance de la prestation, aux délais, à la valeur technique, à l'esthétique, aux coûts d'exploitation, au développement durable, à la créativité, au service après-vente et à l'infrastructure.

Le Conseil d'Etat n'entend pas énumérer une telle liste de critères dans la loi cantonale, pour laisser une certaine liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur s'agissant du choix des critères pertinents, dans les limites posées à la fin de l'alinéa. Le pouvoir adjudicateur est toujours attentif à la question du respect des critères et les considérations qui avaient prévalu lors de l'adoption de la loi actuelle n'ont pas changé. Il est en effet permis de rappeler qu'à l'époque, l'énumération, à titre exemplatif, de divers critères d'adjudication avait été supprimée pour faire place à la notion de "critères étrangers au marché" qui ne peuvent être pris en considération, tels que les critères fiscaux, les considérations de politique régionale ou structurelle, lesquels font partie desdits critères, car ils ne se rapportent ni à la qualification des soumissionnaires ni aux avantages économiques de l'offre (BGC 1998-99, pp. 2355-2356).

### *Article 32*

*Alinéa 1:* de manière générale, de telles communications sont effectuées ou devraient être effectuées par pli LSI. Cette remarque est valable pour toutes les décisions prévues dans le présent projet.

*Alinéas 3 et 4:* cette exigence est reprise du paragraphe 34 DEMP.

### *Article 33*

La teneur de l'article 33, alinéa 1, de la loi actuelle découle du principe posé par l'article 44 de la loi actuelle, qui dispose que le recours n'a pas d'effet suspensif (al. 1); que le Tribunal administratif peut l'accorder, sur demande, pour autant que le recours paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose et qu'il doit statuer dans les vingt jours à compter du dépôt du recours (al. 2), le recourant étant tenu de réparer le préjudice causé par l'effet suspensif s'il a agi par dol ou par négligence grave (al. 3). Ce principe correspond, sous réserve du délai de vingt jours pour statuer, aux dispositions de l'article 17, alinéas 1, 2 et 4, de l'AIMP, dont l'alinéa 3 prévoit en outre le dépôt éventuel de sûretés.

*Alinéa 2:* cet alinéa, qui reprend l'exigence posée à l'article 14, alinéa 2, AIMP, revêt une importance particulière dans l'hypothèse où le Tribunal administratif est amené à admettre le recours et à constater le caractère illicite de l'adjudication, au sens de l'article 45, alinéa

2, de la loi actuelle. Cette hypothèse peut engager la responsabilité du pouvoir adjudicateur et donner lieu, le cas échéant, à la réparation du dommage subi par le recourant à raison des dépenses qu'il a engagées en relation avec la procédure d'adjudication et de recours (art. 46, al. 2), voire même, s'il s'avère que l'adjudication aurait dû être prononcée en sa faveur, à la réparation des autres dommages qu'il a subis (art. 46, al. 3), dans les limites fixées par l'article 46, alinéa 4, du projet.

Le Conseil d'Etat aurait souhaité vous proposer d'introduire le principe de l'effet suspensif du recours, bien qu'il déroge à l'article 17 AIMP, en prévoyant la fixation d'un délai de cinquante jours au Tribunal administratif pour statuer, l'interdiction de conclure tout contrat durant le délai et la procédure de recours et le renvoi, s'agissant de la responsabilité du pouvoir adjudicateur pour le dommage qu'il a causé, à la loi sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents. En effet, partant de la constatation selon laquelle le Tribunal administratif accorde généralement l'effet suspensif aux recours, cette alternative, qui implique la modification des articles 33, 44, 45 et 46 de la loi actuelle, a été envisagée pour garantir la célérité des procédures de recours en matière de marchés publics et pour éviter les actions en dommages-intérêts à l'encontre des collectivités publiques.

L'évolution de la pratique du Tribunal administratif depuis l'entrée en vigueur de la LCMP jusqu'à ce jour montre que l'effet suspensif a d'abord été rarement octroyé et qu'en revanche, il est quasiment systématiquement accordé à l'heure actuelle. La question de savoir si la règle actuelle sur l'effet suspensif trouve encore une justification peut être résolue par la négative, en ce sens qu'un tel décalage entre la règle de l'article 44 de la loi actuelle et la pratique judiciaire est non seulement insatisfaisant, eu égard à la nécessité de garantir la célérité des procédures judiciaires, mais qu'il est également contraire à la sauvegarde des intérêts des parties à la procédure, en rallongeant la durée des procédures et en exposant, à certaines conditions, le recourant à la réparation des dommages (art. 44, al. 3).

Pour les motifs précités, une modification de cette disposition avait été proposée, avant la mise en consultation du projet, en dérogation à l'article 17 AIMP, dont la teneur a été rappelée ci-dessus. L'article 44 du projet prévoyait que le recours a un effet suspensif et que ni le Tribunal administratif, ni le pouvoir adjudicateur ne peuvent supprimer celui-ci, heurtant en cela le texte de l'article 40, alinéa 2, LPJA, selon lequel il en est toutefois dépourvu si la décision attaquée le prévoit en raison de l'intérêt public (let. a) ou si l'autorité de recours le décide, d'office ou sur requête, en raison de l'intérêt public (let. b). La restriction posée par l'article 44, alinéa 2, du projet apparaissait néanmoins adéquate et justifiée en raison de l'introduction d'un délai de cinquante jours fixé au Tribunal administratif pour statuer (art. 45, al. 2). Le principe de l'effet suspensif du recours impliquait, lorsque le recours est interjeté contre une décision d'adjudication, qu'aucun contrat ne peut être conclu jusqu'à droit connu sur l'issue du recours (art. 33). Le principe de l'effet suspensif du recours, complété par la fixation dans la loi de la durée maximale de la procédure de recours, présentait un avantage d'importance en permettant d'éviter toute conclusion d'un contrat durant la procédure de recours et, par là même, d'éviter la survenance d'un dommage consécutif à la conclusion d'un contrat en cas de constatation par le Tribunal administratif du caractère illicite de la décision attaquée (art. 45, al. 2 de la loi actuelle).

En conclusion, cette solution présentait l'avantage de correspondre à la pratique actuelle du Tribunal administratif et elle avait également le mérite de clarifier la situation juridique à l'égard des parties, ce dès le dépôt du recours, dès lors qu'aucun contrat ne pouvait être conclu, ce qui permettait d'éviter, autant que faire se peut, la survenance d'un dommage, au sens des actuels articles 44, alinéa 3, et 45, alinéa 2, dont l'abrogation était proposée, ainsi qu'une modification de l'article 46 contenant un renvoi à la loi sur la responsabilité.

Selon les avis exprimés lors de la consultation par le Tribunal cantonal, de même que selon l'avis du Professeur Jean-François Aubert, consulté sur cette question, cette solution paraît, dans son principe, intéressante et adaptée à la pratique du canton de Neuchâtel, mais elle n'est pas compatible avec l'article 17 AIMP, en vertu du principe de la primauté du droit intercantonal. Fort de ces considérations, mais convaincu de l'opportunité de procéder à la révision de l'article 17 AIMP pour permettre d'introduire le système décrit ci-dessus, c'est à contrecœur que le Conseil d'Etat a dû maintenir le système actuel, selon lequel le recours n'a pas d'effet suspensif, à moins d'une décision octroyant celui-ci au recours. Dès lors, l'article 33, alinéa 1, de la loi actuelle est maintenu tel quel, avec la référence à une éventuelle demande d'effet suspensif et la distinction, s'agissant de la conclusion du contrat, entre l'hypothèse de l'octroi de l'effet suspensif et celle où il n'a pas été octroyé. Un délai de soixante jours est proposé dans le présent projet (art. 45, al. 3) et la question de la responsabilité du pouvoir adjudicateur est réglée à l'article 46, alinéas 2 à 4, du projet.

#### *Article 36*

*Alinéa 1:* sous réserve de la suppression de la mention "pour des motifs importants", cet alinéa n'appelle pas de remarque particulière, les lettres *a*, *b* et *c*, restant inchangées. A noter toutefois que contrairement au paragraphe 36, alinéa 1, DEMP, la loi prévoit que l'interruption de la procédure d'adjudication et sa répétition sont obligatoires lorsque l'une ou l'autre des hypothèses définies aux lettres *a* à *c* sont réalisées.

*Alinéa 2:* les deux hypothèses visées ici sont nouvelles et permettent au pouvoir adjudicateur, au stade de l'adjudication, d'interrompre et de répéter la procédure, lorsque toutes les offres dépassent le montant du crédit prévu ou octroyé ou lorsque seule une offre est valable ou encore lorsque les deux seules offres valables révèlent un important écart de prix, allant par exemple du simple au double, ce qui rend toute évaluation de l'offre économiquement la plus avantageuse délicate, voire impossible.

*Alinéa 3:* aux termes de l'article 15, alinéa 1bis, lettre *e*, AIMP, il s'agit désormais de l'une des décisions expressément désignées comme étant sujette à recours. La loi actuelle mentionne déjà celle-ci à l'article 42, alinéa 1, lettre *d*, qui figure désormais à l'article 42, alinéa 2, lettre *g*, du projet.

#### *Article 39*

*Alinéa 2:* le renvoi aux articles 21 et 23 correspond, mutatis mutandis, à celui du paragraphe 35 DEMP qui renvoie au paragraphe 27 DEMP.

*Alinéa 3:* alinéa 2 actuel.

*Alinéa 4:* il s'agit là d'une décision sujette à recours, selon l'article 42, alinéa 2, lettre *e*, du projet.

#### *Article 40*

Les sanctions prévues par cette disposition, la décision y relative et la réserve expresse des poursuites judiciaires figurent au paragraphe 38 DEMP. Au surplus, l'alinéa 1, in fine, du présent article, prévoit, contrairement au paragraphe 38, alinéa 1, in fine DEMP, que la sanction d'exclusion des procédures d'adjudication à venir est limitée aux seuls marchés du pouvoir adjudicateur concerné. Enfin, il reste à mentionner que le terme "pénalité" utilisé par cet article remplace celui de "l'amende" du paragraphe 38 DEMP.



#### *Article 41*

Cet article n'appelle pas de remarque particulière, seule la référence aux dispositions d'exécution de la loi ayant été supprimée.

#### *Article 42*

*Alinéas 1 et 2:* comme le fait l'article 15, alinéa 1, AIMP, l'alinéa 1 pose le principe selon lequel les décisions du pouvoir adjudicateur sont sujettes à recours et l'alinéa 2, tout comme l'article 15, alinéa 2, AIMP, énumère les décisions réputées sujettes à recours, mais de manière plus généreuse que l'AIMP, qui ne prévoit pas les décisions des lettres a in fine, d et f du projet.

*Alinéa 3:* l'ancien alinéa 3 de la loi est modifié, en ce sens qu'il ne concerne que les cantons qui n'ont pas encore adhéré à l'AIMP révisé, la condition de l'absence de réciprocité étant supprimée.

#### *Article 43*

*Alinéa 2:* le dies a quo est le même pour le recours contre l'appel d'offres et le dossier de soumission, contre lesquels un seul recours peut être interjeté.

*Alinéa 3:* c'est par souci de célérité des procédures de recours que les fêtes judiciaires sont exclues dans le cadre des procédures judiciaires en matière de marchés publics, cette exclusion étant prévue à l'article 15, alinéa 2bis, de l'AIMP révisé.

#### *Article 45*

*Alinéa 3:* cet alinéa prévoit que le Tribunal administratif statue en principe dans les soixante jours à compter du dépôt du recours. Il s'agit de jours calendaires. L'introduction de ce délai est principalement dictée par la nécessité de garantir la célérité des procédures judiciaires en matière de marchés publics. Par ailleurs, il sied de relever que la fixation d'un bref délai pour statuer correspond aux exigences internationales, fondées notamment sur l'article XX, § 2 et 8 de l'accord OMC et sur les directives sur les recours de l'Union européenne. Ainsi, en Allemagne, la "Vergabekammer" prend et motive sa décision par écrit dans un délai de cinq semaines dès le dépôt de la demande; de même, en Autriche, le "Bundesvergabeamt" doit rendre sa décision au fond dans les deux mois, alors qu'en France, les règles instituant la procédure de référé obligent le juge administratif à trancher dans le délai de vingt jours.

#### *Article 46*

*Alinéas 2 et 3:* ces alinéas précisent la portée et l'étendue de la responsabilité du pouvoir adjudicateur, dont le principe est consacré à l'alinéa 1 de la loi actuelle, selon lequel le pouvoir adjudicateur répond du dommage qu'il a causé en prenant une décision dont le caractère illicite a été constaté lors de la procédure de recours. Il s'agit là de l'hypothèse visée par l'article 45, alinéa 2, de la loi actuelle, selon laquelle le Tribunal administratif est amené à admettre le recours et, lorsqu'un contrat a déjà été conclu, à constater le caractère illicite de la décision. Dans ce cas, la responsabilité du pouvoir adjudicateur est engagée et peut donner lieu, le cas échéant, à la réparation du dommage que le recourant a subi en raison des dépenses engagées en relation avec la procédure d'adjudication et de recours (al. 2), voire même, s'il s'avère que l'adjudication aurait dû

être prononcée en sa faveur, à la réparation des autres dommages qu'il a subis (al. 3). Il s'agit ici de la réparation des dommages correspondant au bénéfice qu'aurait réalisé le recourant s'il avait exécuté le contrat selon le montant de son offre. Il va sans dire que le siège de la matière se trouve dans le code des obligations, auquel il sied de renvoyer.

*Alinéa 4:* la réparation totale des dommages ne peut excéder 5% du montant de l'offre qui aurait dû faire l'objet de l'adjudication, c'est-à-dire l'offre vérifiée, épurée, telle qu'elle résulte de la classification finale. Cette disposition apparaît pleinement justifiée par un intérêt public évident, consistant à éviter de placer les collectivités publiques dans des situations financières imprévisibles, délicates, voire insurmontables, si le montant du dommage devant être réparé atteignait des proportions démesurées. La fixation d'une telle limite a ainsi le mérite de garantir une sécurité juridique, nécessaire dans un domaine tel que celui des marchés publics.

#### *Article 47*

*Alinéa 2:* cet alinéa n'appelle pas de remarque particulière.

*Alinéa 3:* il s'agit des exigences découlant des principes de transparence et du devoir d'information introduits par l'accord bilatéral.

#### *Article 48*

*Alinéa 2:* cette disposition n'appelle pas de remarque particulière.

*Alinéa 3:* il s'agit de l'alinéa 2 actuel.

## **9. REVISION DE LA LOI SUR LES COMMUNES**

La révision de la LCMP implique la modification de l'article 62 de la loi sur les communes, du 21 décembre 1964 (RSN 171.1). Ce nouvel article dispose que les communes, lorsqu'elles choisissent la procédure de gré à gré et exceptions faites des marchés publics de minime importance, ont l'obligation de demander deux offres (al. 1), le Conseil d'Etat étant compétent pour définir la notion de marchés publics de minime importance (al. 2).

## **10. EXAMEN DETAILLE DU PROJET DE REVISION DE LA LOI SUR LES COMMUNES**

#### *Article 62, al. 1 et 2*

*Alinéa 1:* c'est dans un souci de logique et de cohérence qu'il est prévu de modifier l'article 62 de la loi sur les communes, du 21 décembre 1964 (RSN 171.1), dont l'alinéa 1 prévoit actuellement qu'aucun marché de gré à gré ne peut être adjugé sans que la commune ne dispose de trois offres au moins. Le projet de révision de cet article prévoit, dans le cadre de la procédure de gré à gré, de limiter à deux le nombre d'offres que doivent demander les communes, en maintenant l'exception des marchés de minime importance. Cette modification est nécessaire pour ne pas créer de confusion ou de contradiction avec la procédure d'invitation prévue par la LCMP, plus spécialement en son

article 13, alinéa 2, selon lequel, dans le cadre de la procédure d'invitation, le pouvoir adjudicateur demande au minimum trois offres.

*Alinéa 2:* l'alinéa 2 de l'article 62 de la loi sur les communes prévoit que le Conseil d'Etat définit la notion de marchés publics de minime importance.

## **11. DISPOSITIONS D'EXECUTION DE LA LCMP ET DE LA LOI SUR LES COMMUNES**

Nous vous proposons de confier formellement au Conseil d'Etat la compétence d'arrêter les dispositions d'exécution résultant des modifications législatives.

## **12. CONSEQUENCES FINANCIERES POUR LE CANTON DE NEUCHATEL**

La révision de l'AIMP, de la LCMP et de la loi sur les communes n'a pas d'impact financier particulier pour le canton, si ce n'est que des dépenses supplémentaires sont à prévoir pour l'établissement des statistiques et de l'archivage ainsi que pour la mise en place d'un point de contact nécessaire à l'échange d'informations. Il en va de même s'agissant de l'impact sur le personnel, bien que l'on ne puisse exclure que l'extension des voies de droit à de nouvelles décisions puisse donner lieu à un accroissement du nombre de recours interjetés au Tribunal administratif. Enfin, s'agissant de l'impact sur les communes, il sied de relever que leur situation juridique est maintenue et qu'elle reste comparable à celle qui a prévalu jusqu'à ce jour.

## **13. CONCLUSION**

Nous pensons avoir montré pour quels motifs le canton de Neuchâtel doit adhérer aux modifications du 15 mars 2001 de l'AIMP du 24 novembre 1994 ainsi qu'aux projets de lois modifiant la LCMP et la loi sur les communes. Nous vous prions dès lors de bien vouloir prendre le présent rapport en considération et d'adopter les projets de lois qui vous sont soumis.

Veillez agréer, Monsieur le président, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

Neuchâtel, le 10 septembre 2003

Au nom du Conseil d'Etat:

*Le président,*  
TH. BÉGUIN

*Le chancelier,*  
J.-M. REBER

---

**Loi  
portant modification de la loi portant adhésion  
à l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP)**

---

*Le Grand Conseil de la République et Canton de Neuchâtel,*

vu l'Accord intercantonal du 15 mars 2001 modifiant l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP);

vu les directives pour l'exécution (DEMP) de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), du 25 novembre 1994 / 15 mars 2001;

sur la proposition du Conseil d'Etat, du 10 septembre 2003,

*décède:*

**Article premier** La loi portant adhésion à l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), du 26 juin 1996, est modifiée comme suit:

*Art. 1a (nouveau)*

La République et Canton de Neuchâtel adhère à l'Accord intercantonal modifiant l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) adopté par la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement (DTAP) le 15 mars 2001.

**Art. 2** <sup>1</sup>La présente loi entre en vigueur dès la publication de l'adhésion de la République et Canton de Neuchâtel dans le Recueil officiel des lois fédérales.

<sup>2</sup>Elle est soumise au référendum facultatif.

<sup>3</sup>Le Conseil d'Etat pourvoit, s'il y a lieu, à sa promulgation et à son exécution.

Neuchâtel, le

Au nom du Grand Conseil:

*Le président,*

*Les secrétaires,*

---

## Loi portant modification de la loi cantonale sur les marchés publics (LCMP)

---

*Le Grand Conseil de la République et Canton de Neuchâtel,*

vu l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), du 25 novembre 1994;

vu l'Accord intercantonal modifiant l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), du 15 mars 2001;

vu la loi portant modification de la loi portant adhésion à l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), du ...;

vu les directives pour l'exécution (DEMP) de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), du 25 novembre 1994 / 15 mars 2001;

sur la proposition du Conseil d'Etat, du 10 septembre 2003,

*décrète:*

**Article premier** La loi cantonale sur les marchés publics, du 23 mars 1999, est modifiée comme suit:

*Article premier, al. 1*

<sup>1</sup>La présente loi règle la procédure et les conditions de passation des marchés publics de construction, de fournitures et de services dans le canton, en complément à l'Accord intercantonal sur les marchés publics.

*Art. 2, note marginale, al. 1, let. e (nouvelle), al. 2 et 3*

Champ  
d'application  
a) principe

e) les autres pouvoirs adjudicateurs en vertu d'accords internationaux sur les marchés publics.

<sup>2</sup>Sont également visés les marchés dont le coût total est subventionné à plus de 50% par l'Etat, les communes ou leurs établissements ainsi que les marchés pour lesquels l'Etat, les communes ou leurs établissements prennent en charge le déficit éventuel.

<sup>3</sup>Abrogé

*Art. 2a (nouveau)*

b) exceptions

<sup>1</sup>Sont exclues du champ d'application de la loi:

a) la Banque cantonale neuchâteloise;

b) la Caisse cantonale d'assurance populaire.

<sup>2</sup>La loi n'est en outre pas applicable:

- a) aux marchés passés avec des institutions pour handicapés, des œuvres de bienfaisance ou des établissements pénitentiaires;
- b) aux marchés passés dans le cadre de programmes agricoles ou d'aide alimentaire;
- c) aux marchés passés sur la base d'un traité international, qui se rapportent à un objet à réaliser et à supporter en commun;
- d) aux marchés passés avec une organisation internationale sur la base d'une procédure spéciale;
- e) à l'acquisition d'armes, de munitions ou de matériel de guerre et à la réalisation d'infrastructures de combat et de commandement pour la défense générale et l'armée.

<sup>3</sup>L'adjudicateur n'est pas tenu d'adjuger un marché selon les dispositions de la présente loi:

- a) lorsque celui-ci risque de mettre en danger l'ordre ou la sécurité publics;
- b) lorsque la protection de la santé et de la vie de personnes, d'animaux ou de plantes l'exige;
- c) lorsqu'il porte atteinte aux droits de la propriété intellectuelle.

#### *Art. 2b (nouveau)*

c) exclusion

Le Conseil d'Etat peut exclure du champ d'application de la présente loi:

- a) les pouvoirs adjudicateurs énumérés à l'article 2, alinéa 1, lettres *a*, *b*, *c* et *d*, pour des projets de construction impliquant des tiers non soumis à la loi, lorsque les exigences ou les droits de ces derniers rendraient la réalisation du projet impossible;
- b) certains des pouvoirs adjudicateurs, établissements, institutions, organismes, ou entreprises visés à l'article 2, alinéa 1, lettres *a*, *b*, *c* et *d* pour leurs activités commerciales ou industrielles déployées dans le canton;
- c) certains des établissements, institutions, organismes, ou entreprises visées à l'article 2, alinéa 1, lettres *b*, *c* et *d*, lorsque l'application de la présente loi entraverait gravement l'accomplissement des tâches qui leur sont confiées;
- d) certains marchés liés à de grandes manifestations à caractère unique ou extraordinaire.

*Art. 4*

Les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination s'appliquent également aux soumissionnaires ayant leur établissement dans un Etat étranger qui en garantit la réciprocité en vertu d'un accord international sur les marchés publics.

*Art. 6, al. 2*

<sup>2</sup>Abrogé

*Art. 6a (nouveau)*

Traitement  
confidentiel des  
informations

<sup>1</sup>Durant toute la procédure de passation des marchés, le pouvoir adjudicateur garantit le traitement confidentiel des informations fournies par les candidats ou les soumissionnaires.

<sup>2</sup>Les dispositions de la loi cantonale sur la protection de la personnalité sont réservées.

*Art. 7, al. 1*

<sup>1</sup>Les prescriptions de travail au lieu d'exécution sont déterminantes.

*Art. 9*

Choix des  
procédures

<sup>1</sup>Les dispositions ci-après règlent le choix de la procédure d'adjudication applicable en fonction de la valeur des marchés publics.

<sup>2</sup>Le choix s'opère entre quatre procédures d'adjudication allant, du rang le plus élevé au rang le plus bas, de la procédure ouverte ou sélective à la procédure d'invitation et enfin à la procédure de gré à gré.

<sup>3</sup>Le pouvoir adjudicateur peut choisir une procédure de rang supérieur; il doit alors respecter toutes les règles correspondant à la procédure choisie.

*Art. 9a (nouveau)*

Procédures  
applicables

<sup>1</sup>Les marchés publics sont en principe adjugés selon la procédure ouverte ou sélective, en fonction des valeurs seuils contenues dans les annexes 1a et 1b de l'Accord intercantonal sur les marchés publics.

<sup>2</sup>Ils peuvent être adjugés selon la procédure d'invitation ou de gré à gré, sans appel d'offres public préalable, en fonction des valeurs seuils contenues dans l'annexe 2 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics.

*Art. 10, al. 1 et 2 (nouveau)*

<sup>1</sup>La procédure est dite ouverte lorsque tout soumissionnaire peut, à la suite d'un appel d'offres public, présenter une offre.

<sup>2</sup>Les offres sont jugées d'abord selon les critères d'aptitude, puis selon les critères techniques ou autres et enfin selon le prix (critères d'adjudication).

*Art. 11, note marginale, al. 2 et 3*

b) procédure  
sélective  
aa) principe

<sup>2</sup>Abrogé

<sup>3</sup>Abrogé

*Art. 11a (nouveau)*

bb) appel d'offres

L'appel d'offres doit indiquer les critères d'aptitude fixés et, le cas échéant, le nombre maximum de candidats qui seront invités à présenter une offre.

*Art. 11b (nouveau)*

cc) limitation du  
nombre de  
candidats  
invités à  
présenter une  
offre

<sup>1</sup>Le nombre de candidats invités à présenter une offre peut être limité, lorsque cela est nécessaire pour la réalisation rationnelle de la procédure d'adjudication. Ce nombre ne peut être inférieur à trois, lorsqu'il existe suffisamment de soumissionnaires répondant aux critères d'aptitude.

<sup>2</sup>En cas de limitation du nombre de candidats invités à présenter une offre, l'appel d'offres ou le dossier de présélection doivent au moins mentionner le principe de la limitation du nombre de candidats et le nombre de candidats qui seront appelés à présenter une offre ainsi que, s'agissant du dossier de présélection, les critères du choix des candidats et leur pondération.

*Art. 11c (nouveau)*

dd) choix des  
participants à  
la procédure  
sélective

Le choix des participants à la procédure sélective s'opère uniquement en fonction des critères d'aptitude.

*Art. 12*

ee) décision

<sup>1</sup>Le pouvoir adjudicateur communique la décision relative au choix des participants à la procédure sélective à l'ensemble des candidats.

<sup>2</sup>La décision est sommairement motivée.

*Art. 12a (nouveau)*

ff) adjudication

Les offres sont jugées d'abord selon les critères d'aptitude, puis selon les critères techniques ou autres et enfin selon le prix.



*Art. 13, note marginale, al. 1*

c) procédure  
d'invitation  
aa) principe

<sup>1</sup>Par procédure d'invitation, on entend celle par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit les soumissionnaires qu'il entend inviter directement à lui remettre une offre, sans procéder préalablement à un appel d'offres public.

*Art. 13a (nouveau)*

bb) pondération  
des critères  
d'adjudication

<sup>1</sup>Lorsqu'un dossier de soumission est établi, il est mis à disposition ou transmis aux soumissionnaires. Il définit les critères d'aptitude et les critères techniques ou autres par ordre d'importance ainsi que leur pondération.

<sup>2</sup>Les offres sont jugées d'abord selon les critères d'aptitude, puis selon les critères techniques ou autres et enfin selon le prix.

*Art. 14*

La procédure de gré à gré est celle qui permet au pouvoir adjudicateur d'adjuger directement le marché à un soumissionnaire, sans procéder à un appel d'offres.

*Art. 14a (nouveau)*

Dispositions  
d'exécution

Le Conseil d'Etat arrête les prescriptions nécessaires relatives aux modalités de l'adjudication.

*Art. 15, al. 1; al. 3 à 6; al. 7 (nouveau)*

<sup>1</sup>Le pouvoir adjudicateur peut organiser un concours, lorsque le choix d'un projet nécessite une évaluation préalable de diverses solutions, notamment sous l'angle conceptuel, esthétique, structurel, écologique, économique ou technique.

<sup>3</sup>Les divers types de concours sont, d'une part, les concours d'études, à savoir les concours d'idées ou les concours de projets et, d'autre part, les concours portant sur les études et la réalisation.

<sup>4</sup>La procédure de mise en concours doit respecter les principes de la présente loi. Pour le surplus, elle est régie par des directives élaborées en collaboration avec les associations professionnelles concernées.

<sup>5</sup>Le lauréat d'un concours d'idées n'a pas un droit de se voir adjuger un marché d'étude supplémentaire. Par contre, l'auteur d'un projet retenu a le droit de se voir adjuger le marché d'étude supplémentaire et d'exécution.

<sup>6</sup>Lorsqu'il déclare par avance son intention d'adjuger le marché au lauréat d'un concours de projets ou portant sur les études et la réalisation, le pouvoir adjudicateur peut choisir la procédure de gré à gré, indépendamment de la valeur du marché.

<sup>7</sup>*Alinéa 5 actuel*

<sup>8</sup>La décision d'adjudication, sommairement motivée, est communiquée aux participants.

*Art. 15a (nouveau)*

Publication des  
valeurs seuils

Le Conseil d'Etat arrête les dispositions nécessaires à la publication des valeurs seuils prévues dans les annexes 1a, 1b et 2 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics.

*Art. 16, al. 1 et 2; al. 3 (nouveau)*

<sup>1</sup>Dans la procédure ouverte et la procédure sélective, l'appel d'offres est publié au minimum dans la Feuille officielle et sur le site Internet simap.ch.

<sup>2</sup>Seule la publication dans la Feuille officielle fait foi.

<sup>3</sup>Pour le surplus, le Conseil d'Etat arrête les dispositions d'exécution nécessaires.

*Art. 17, al. 1 et 2*

<sup>1</sup>L'appel d'offres mentionne notamment:

- a) le nom et le siège du pouvoir adjudicateur;
- b) le type de procédure;
- c) l'objet et l'étendue du marché, y compris les options concernant des marchés complémentaires;
- d) les délais d'exécution et de livraison;
- e) les conditions spécifiques;
- f) le lieu et le délai de dépôt des offres ou des demandes de participation à une procédure sélective;
- g) la durée de validité des offres;
- h) l'entité auprès de laquelle les documents peuvent être obtenus et leur prix éventuel;
- i) les informations sur les variantes et la durée du marché;
- j) le calendrier prévu pour la publication des travaux accessoires;
- k) les critères d'aptitude et les garanties financières, dans le cas où il n'est pas remis de dossier de soumission;
- l) l'exclusion éventuelle ou la limitation des consortiums comme soumissionnaires;

- m) l'exclusion éventuelle ou la limitation de l'emploi par le soumissionnaire de sous-traitants;
- n) les critères d'adjudication par ordre d'importance ainsi que leur pondération, dans les cas où il n'est pas remis de dossier de soumission;
- o) le délai à partir duquel le dossier de soumission sera disponible.

<sup>2</sup>L'appel d'offres indique si le marché est soumis à un accord international sur les marchés publics et rappelle que les offres doivent être présentées en français ou accompagnées d'une traduction.

#### *Art. 17a (nouveau)*

Présentation d'une offre

Dans la procédure d'invitation et la procédure de gré à gré, l'invitation à présenter une offre est faite par communication directe aux soumissionnaires.

#### *Art. 18*

Le dossier de soumission doit contenir tous les documents et toutes les informations nécessaires à la préparation d'une offre, notamment en ce qui concerne:

- a) le nom et le siège du pouvoir adjudicateur;
- b) l'objet et l'étendue du marché, y compris les options concernant des marchés complémentaires;
- c) le lieu où des renseignements supplémentaires peuvent être demandés;
- d) les conditions spécifiques;
- e) les critères d'aptitude requis ainsi que les preuves à fournir par le soumissionnaire;
- f) l'usage de la langue française pour les offres et les documents ou la présentation d'une traduction de ceux-ci;
- g) le lieu et le délai de la remise d'une offre ou d'une demande de participation à la procédure sélective;
- h) la durée de validité de l'offre;
- i) les conditions particulières relatives aux variantes, aux offres partielles ainsi qu'à la formation de lots;
- j) les critères d'adjudication par ordre d'importance ainsi que leur pondération;
- k) les conditions de paiement;

l) l'invitation faite au soumissionnaire d'indiquer, dans son offre, les pièces particulières qu'il tient pour confidentielles.

*Art. 20*

*Abrogé*

*Art. 21, al. 1, let. e et f; let g (nouvelle); al. 2 (nouveau)*

e) si son offre repose sur un acte, une convention ou une entente de nature à fausser la concurrence efficace (art. 6);

f) *lettre e actuelle*

g) *lettre f actuelle*

<sup>2</sup>Lorsqu'ils sont imputables aux organes d'une personne morale, les circonstances ou les actes énumérés à l'alinéa 1, lettres a, b, e et f déploient les mêmes effets à l'égard de la personne morale.

*Art. 21a (nouveau)*

Décision  
d'exclusion

La décision d'exclusion, sommairement motivée, est communiquée par le pouvoir adjudicateur au soumissionnaire concerné, au plus tard en même temps que la décision d'adjudication.

*Art. 22, al. 2; al. 5 et 6 (nouveaux)*

<sup>2</sup>Elle porte la signature originale ou certifiée de son auteur.

<sup>5</sup>Elle indique quelles pièces sont confidentielles.

<sup>6</sup>Si l'offre indique que l'ensemble du dossier d'accompagnement ou une partie importante de celui-ci est confidentiel, le pouvoir adjudicateur impartit un bref délai au soumissionnaire pour pallier à ce vice de forme; à défaut, elle est écartée.

*Art. 23, al. 1; al. 3 (nouveau)*

<sup>1</sup>Les candidats ou les soumissionnaires remettent leur demande de participation ou leur offre, accompagnée de toutes les annexes requises, par écrit, de manière complète et dans les délais fixés.

<sup>3</sup>La décision de mise à l'écart, sommairement motivée, est communiquée au candidat ou au soumissionnaire concerné, au plus tard en même temps que la communication de la décision relative au choix des participants ou de la décision d'adjudication.

*Art. 24, al. 2 (nouveau)*

<sup>2</sup>En cas de retrait de l'offre par le soumissionnaire ou d'inexécution du contrat par l'adjudicataire, les dispositions du code des obligations sont

applicables pour la fixation du mode et de l'étendue de la réparation des dommages.

*Art. 26, al. 1 à 3*

<sup>1</sup>Le pouvoir adjudicateur ne peut faire usage des offres et des variantes non retenues, ni les transmettre à des tiers, sans l'accord du soumissionnaire.

<sup>2</sup>*Alinéa 3 actuel*

<sup>3</sup>*Abrogé*

*Art. 30, al. 2*

<sup>2</sup>Pour en décider, le pouvoir adjudicateur prend en considération l'ensemble des critères définis dans le dossier de soumission, à l'exclusion de critères étrangers au marché, propres à créer une inégalité de traitement entre les soumissionnaires.

*Art. 32, al. 1; al. 3 et 4 (nouveau)*

<sup>1</sup>La décision d'adjudication, sommairement motivée, est communiquée aux soumissionnaires.

<sup>3</sup>Pour les marchés soumis à un accord international sur les marchés publics, l'adjudication fait en outre l'objet, dans les 72 jours qui suivent, d'un communiqué publié au minimum dans la Feuille officielle et sur le site Internet simap.ch.

<sup>4</sup>Cette communication contient au minimum les indications suivantes:

- a) le type de procédure utilisée;
- b) l'objet et l'étendue du marché;
- c) le nom et le siège du pouvoir adjudicateur;
- d) la date de l'adjudication;
- e) le nom et le siège de l'adjudicataire;
- f) le prix de l'offre retenue.

*Art. 33, al. 2 (nouveau)*

<sup>2</sup>Si une procédure de recours est pendante sans que l'effet suspensif ait été prononcé, le pouvoir adjudicateur informe immédiatement le Tribunal administratif de la conclusion du contrat.

*Art. 36, al. 1 et 2; al. 3 (nouveau)*

<sup>1</sup>Le pouvoir adjudicateur doit interrompre la procédure d'adjudication et la répéter lorsque:

- a) aucune offre satisfaisant les exigences techniques et les critères définis dans l'appel d'offres et le dossier de soumission n'a été présentée;

b) en raison de modification des conditions-cadres ou marginales, des offres plus avantageuses sont attendues du fait de la disparition des distorsions de concurrence;

c) une modification importante du projet a été nécessaire.

<sup>2</sup>Il peut au surplus l'interrompre et la répéter, au stade de l'adjudication, lorsque:

a) toutes les offres dépassent le montant du crédit prévu ou octroyé à cet effet;

b) les offres ne permettent pas de garantir une concurrence efficace, soit parce que seule une offre est valable, soit parce qu'il n'y a pas plus de deux offres valables et qu'un écart important de prix les caractérise.

<sup>3</sup>Les décisions d'interruption et de répétition de la procédure doivent être communiquées aux soumissionnaires en leur en indiquant les motifs.

*Art. 39, al. 2; al. 3 et 4 (nouveaux)*

<sup>2</sup>Le pouvoir adjudicateur peut en outre révoquer l'adjudication lorsque l'un des motifs d'exclusion énumérés à l'article 21 ou lorsque la violation d'une prescription de forme prévue par l'article 23 est découvert après l'adjudication.

<sup>3</sup>*Alinéa 2 actuel*

<sup>4</sup>Le pouvoir adjudicateur communique la décision de révocation de l'adjudication, sommairement motivée, à l'adjudicataire concerné.

*Art. 40, note marginale, al. 1; al. 2 à 4 (nouveaux)*

Sanctions

<sup>1</sup>En cas de violation grave des dispositions applicables en matière de marchés publics, le pouvoir adjudicateur peut prononcer un avertissement, une pénalité allant jusqu'à 10% du prix final ou l'exclusion, pour une durée de cinq ans au plus, de toute participation à une procédure d'adjudication de ses propres marchés publics.

<sup>2</sup>La pénalité peut être cumulée avec les autres sanctions.

<sup>3</sup>La décision est communiquée par le pouvoir adjudicateur, sommairement motivée, à l'intéressé, au plus tard en même temps que la décision d'adjudication.

<sup>4</sup>Les poursuites judiciaires sont réservées.

*Art. 41*

Sous réserve des prescriptions particulières de la présente loi, la procédure est régie par la loi sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA), du 27 juin 1979.

*Art. 42*

<sup>1</sup>Les décisions du pouvoir adjudicateur peuvent faire l'objet d'un recours au Tribunal administratif.

<sup>2</sup>Sont réputées décisions sujettes à recours:

- a) la publication de l'appel d'offres (art. 16) ainsi que le dossier de soumission dès sa mise à disposition (art. 18);
- b) la décision relative au choix des participants à la procédure sélective (art. 12);
- c) la décision d'exclusion de la procédure d'adjudication en cours (art. 21) ou des procédures d'adjudication à venir ainsi que la décision prononçant un avertissement ou une pénalité (art. 40);
- d) la décision de mise à l'écart pour cause de violation grave des prescriptions de forme (art. 23);
- e) la décision d'adjudication (art. 32) et sa révocation (art. 39), y compris dans la procédure d'invitation et la procédure de gré à gré lorsque deux offres ont été demandées;
- f) la décision d'adjudication suite à un concours (art. 15);
- g) les décisions d'interruption et de répétition de la procédure d'adjudication (art. 36).

<sup>3</sup>Pour les cantons qui n'ont pas encore adhéré à l'Accord intercantonal du 15 mars 2001 modifiant l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994, seules les restrictions à la liberté d'accès du marché, au sens de l'article 9 de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI), du 6 octobre 1995, peuvent faire l'objet d'un recours.

*Art. 43, note marginale, al. 2 et 3 (nouveaux)*

b) délai de recours  
et fêtes  
judiciaires

<sup>2</sup>Dans le cas de l'article 42, alinéa 2, lettre a, le délai de recours commence à courir dès le jour suivant la mise à disposition ou la transmission du dossier de soumission.

<sup>3</sup>Les fêtes judiciaires ne s'appliquent pas.

*Art. 45, al. 3 (nouveau)*

<sup>3</sup>Le Tribunal administratif statue en principe dans les soixante jours à compter du dépôt du recours.

*Art. 46, al. 2; al. 3 et 4 (nouveaux)*

<sup>2</sup>Sa responsabilité se limite aux dépenses engagées par le recourant en relation avec la procédure d'adjudication et de recours.

<sup>3</sup>Toutefois, s'il s'avère que l'adjudication aurait dû être prononcée en faveur du recourant, la responsabilité du pouvoir adjudicateur s'étend à la réparation des autres dommages subis.

<sup>4</sup>En tous les cas, la réparation totale du dommage ne peut excéder 5 % du montant de l'offre qui aurait dû faire l'objet de l'adjudication.

*Art. 47, al. 2 et 3*

<sup>2</sup>Il désigne le ou les départements chargés de l'application de la présente loi et de ses dispositions d'exécution.

<sup>3</sup>Il veille à l'établissement des statistiques et de l'archivage des dossiers des procédures d'adjudication ainsi qu'à la mise en place d'un point de contact conformément aux exigences posées par l'Accord intercantonal sur les marchés publics.

*Art. 48, al. 2 et 3 (nouveau)*

<sup>2</sup>Les modifications du ... 2003 de la présente loi s'appliquent à toutes les procédures pour lesquelles l'appel d'offres s'effectue après leur entrée en vigueur ou, si les marchés sont passés sans appel d'offres, lorsque aucune offre n'est intervenue avant leur entrée en vigueur.

<sup>3</sup>*Alinéa 2 actuel*

**Art. 2** La présente loi est soumise au référendum facultatif.

**Art. 3** <sup>1</sup>La présente loi entre en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2004.

<sup>2</sup>Le Conseil d'Etat pourvoit, s'il y a lieu, à sa promulgation et à son exécution.

Neuchâtel, le

Au nom du Grand Conseil:

*Le président,*

*Les secrétaires,*



---

## **Loi portant modification de la loi sur les communes**

---

*Le Grand Conseil de la République et Canton de Neuchâtel,*

vu l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), du 25 novembre 1994;  
vu la loi cantonale sur les marchés publics (LCMP), du 23 mars 1999;  
sur la proposition du Conseil d'Etat, du 10 septembre 2003,

*décrète:*

**Article premier** La loi sur les communes, du 21 décembre 1964, est modifiée  
comme suit:

*Art. 62*

<sup>1</sup>Lorsqu'elle choisit la procédure de gré à gré, la commune a l'obligation de  
demander deux offres, sauf pour les marchés publics de minime  
importance.

<sup>2</sup>Le Conseil d'Etat définit la notion de marchés publics de minime  
importance.

**Art. 2** La présente loi est soumise au référendum facultatif.

**Art. 3** <sup>1</sup>La présente loi entre en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2004.

<sup>2</sup>Le Conseil d'Etat pourvoit, s'il y a lieu, à sa promulgation et à son exécution.

Neuchâtel, le

Au nom du Grand Conseil:

*Le président,*

*Les secrétaires,*

25  
novembre  
1994

## Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP)

### *Section 1: Dispositions générales*

But

**Article premier** <sup>1</sup>Le présent accord règle l'ouverture réciproque des marchés publics entre les cantons.

<sup>2</sup>Il vise à harmoniser les règles cantonales de passation des marchés conformément à des principes définis en commun et aux obligations internationales de la Suisse. Il poursuit notamment les objectifs suivants:

- a) assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires;
- b) garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires et assurer l'impartialité de l'adjudication;
- c) assurer la transparence des procédures de passation des marchés;
- d) permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics.

Réserve d'autres  
accords

**Art. 2** Les cantons parties conservent le droit:

- a) de passer entre eux des accords bilatéraux ou multilatéraux en vue d'étendre le champ d'application du présent accord ou de développer leur coopération de toute autre manière;
- b) de passer des accords analogues avec des régions frontalières ou des Etats voisins.

Exécution

**Art. 3** Les autorités compétentes de chaque canton édictent des dispositions d'exécution, qui doivent être conformes au présent accord.

### *Section 2: Application de l'accord*

Autorité  
intercantonale

**Art. 4** <sup>1</sup>Les membres de la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement représentant les cantons parties au présent accord, forment l'autorité intercantonale.

<sup>2</sup>L'autorité intercantonale est compétente pour:

- a) modifier le présent accord, sous réserve de l'approbation des cantons parties;

- b) édicter des règles concernant les procédures d'adjudication;
- c) adapter périodiquement les valeurs seuils aux dispositions de l'Accord GATT;
- d) déterminer la clause de minimis selon l'article 7, alinéa 2, du présent accord;
- e) surveiller l'exécution du présent accord, en particulier l'établissement des dossiers nécessaires, ainsi que l'arbitrage des litiges entre les cantons concernant l'application du présent accord;
- f) adopter un règlement fixant les règles d'organisation et de procédure pour l'application du présent accord.

<sup>3</sup>L'autorité intercantonale prend ses décisions à la majorité des trois-quarts des représentants présents, pour autant que la moitié des cantons soit représentée. Chaque canton partie à l'accord dispose d'une voix, qui doit être exprimée par un membre de son gouvernement.

<sup>4</sup>L'autorité intercantonale collabore avec les Conférences des chefs de départements cantonaux concernées, plus particulièrement avec la Conférence des chefs de Départements cantonaux de l'économie publique. Cette collaboration est assurée par des consultations préalables ou par la participation des chefs des départements concernés aux séances de l'autorité intercantonale.

Collaboration avec  
la Confédération

**Art. 5** L'autorité intercantonale cherche avec la Confédération des solutions communes en vue de coordonner les procédures cantonales et fédérales de passation des marchés.

### *Section 3: Champ d'application*

Types de marchés

**Art. 6** <sup>1</sup>Le présent accord s'applique à la passation des marchés suivants:

- a) marchés de construction, c'est-à-dire un contrat entre un adjudicateur et un soumissionnaire concernant la réalisation de travaux de construction de bâtiments ou de génie civil au sens du chiffre 51 de la Classification centrale des produits (liste CPC) selon l'appendice I, annexe 5, de l'Accord GATT;
- b) marchés de fournitures, c'est-à-dire un contrat entre un adjudicateur et un soumissionnaire concernant l'acquisition de biens mobiliers, notamment sous forme d'achat, de crédit-bail (leasing), de bail à loyer, de bail à ferme ou de location-vente;
- c) marchés de service, c'est-à-dire un contrat entre un adjudicateur et un soumissionnaire concernant la fourniture d'une prestation selon l'appendice I, annexe 4, de l'Accord GATT.

<sup>2</sup>Un ouvrage est le résultat de l'ensemble des travaux de construction de bâtiments ou de génie civil selon l'alinéa 1, lettre a.

Seuils

**Art. 7** <sup>1</sup>Le présent accord s'applique aux offres si la valeur estimée du marché public à adjuger atteint le seuil ci-après sans la taxe sur la valeur ajoutée:

- a) 10.070.000 francs pour les ouvrages;
- b) 403.000 francs pour les fournitures et les services;
- c) 806.000 francs pour les fournitures et les services qui se rapportent à un adjudicateur désigné à l'article 8 du présent accord et qui ressortissent aux secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports ou des télécommunications.

<sup>2</sup>Si un adjudicateur adjuge plusieurs marchés de construction pour la réalisation d'un ouvrage, leur valeur totale est déterminante. L'autorité intercantonale détermine le pourcentage de la valeur que chacun des marchés de construction doit représenter dans l'ensemble de l'ouvrage pour être dans tous les cas soumis au présent accord (clause de minimis).

Adjudicateur

**Art. 8** <sup>1</sup>Sont soumis au présent accord les pouvoirs adjudicateurs suivants:

- a) l'Etat, ses établissements de droit public et régies, ainsi que les collectivités de droit public auxquelles il participe;
- b) les communes, associations de communes et autres collectivités de droit public dans leurs rapports avec les cantons et les Etats signataires de l'Accord GATT qui leur accordent la réciprocité;
- c) les organismes ou entreprises, quelle que soit leur forme juridique, opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports ou des télécommunications et qui sont majoritairement dominés par un ou des pouvoirs adjudicateurs énumérés aux lettres *a* ou *b* indépendamment du droit de réciprocité. Sont seuls soumis au présent accord les marchés en relation avec l'exécution, en Suisse, de leurs tâches dans les domaines précités;
- d) d'autres organismes qui sont soumis à l'accord GATT ou à d'autres traités internationaux analogues.

<sup>2</sup>Sont également soumis au présent accord les marchés publics dont le coût total est subventionné à plus de 50% par la Confédération ou par des organismes ou pouvoirs adjudicateurs énumérés à l'alinéa 1, lettres *a* et *b*.

Soumissionnaires

**Art. 9** Le présent accord s'applique aux soumissionnaires ayant leur domicile ou leur siège:

- a) dans un canton partie à l'accord;
- b) dans un Etat signataire de l'Accord GATT sur les marchés publics, sous réserve de réciprocité;
- c) dans d'autres Etats, pour autant que des accords contractuels ad hoc aient été conclus.

Exceptions

**Art. 10** <sup>1</sup>Le présent accord n'est pas applicable:

- a) aux marchés passés avec des institutions pour handicapés, des oeuvres de bienfaisance ou des établissements pénitentiaires;
- b) aux marchés passés dans le cadre de programmes agricoles ou d'aide alimentaire;
- c) aux marchés passés sur la base d'un traité international entre les Etats signataires de l'Accord GATT ou la Suisse et d'autres Etats, qui se rapportent à un objet à réaliser et à supporter en commun;
- d) aux marchés passés avec une organisation internationale sur la base d'une procédure spéciale;
- e) à l'acquisition d'armes, de munitions ou de matériel de guerre et à la réalisation d'infrastructures de combat et de commandement pour la défense générale et l'armée.

<sup>2</sup>L'adjudicateur n'est pas tenu d'adjuger un marché selon les dispositions du présent accord:

- a) lorsque celui-ci risque d'être contraire aux bonnes mœurs ou qu'il met en danger l'ordre et la sécurité publics;
- b) lorsque la protection de la santé et de la vie de personnes, d'animaux ou de plantes l'exige;
- c) lorsqu'il porte atteinte aux droits de la propriété intellectuelle.

#### *Section 4: Procédure d'adjudication*

Principes  
généraux

**Art. 11** Lors de la passation de marchés, les principes suivants doivent être respectés:

- a) non-discrimination et égalité de traitement de chaque soumissionnaire;
- b) concurrence efficace;
- c) renonciation à des rounds de négociation;
- d) respect des conditions de récusation des personnes concernées;
- e) respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail;
- f) égalité de traitement entre hommes et femmes;
- g) traitement confidentiel des informations.

Types de  
procédures

**Art. 12** <sup>1</sup>Sont applicables les procédures de mise en concurrence suivantes:

- a) la procédure ouverte: l'adjudicateur lance un appel d'offres public pour le marché prévu. Chaque soumissionnaire peut présenter une offre;
- b) la procédure sélective: l'adjudicateur lance un appel d'offres public pour le marché

prévu. Chaque candidat peut présenter une demande de participation. L'adjudicateur détermine, en fonction de critères d'aptitude, les candidats qui peuvent présenter une offre. Il peut limiter le nombre de candidats invités à présenter une offre s'il n'est pas compatible avec un fonctionnement efficace du mécanisme d'adjudication des marchés. Une concurrence réelle doit cependant être garantie;

- c) la procédure de gré à gré: l'adjudicateur adjuge le marché directement à un soumissionnaire, sans procéder à un appel d'offres.

<sup>2</sup>Les cantons règlent dans leurs dispositions d'exécution les conditions auxquelles les types de procédures peuvent être choisis, en conformité avec l'Accord GATT.

Les dispositions  
d'exécution  
cantonales

**Art. 13** Ces dispositions d'exécution cantonales doivent garantir:

- a) une publication appropriée, au moins dans la feuille officielle cantonale de l'adjudicateur;
- b) le recours à des spécifications techniques non discriminatoires;
- c) la fixation d'un délai suffisant pour la remise des offres;
- d) une procédure d'examen de l'aptitude des soumissionnaires selon des critères objectifs et vérifiables;
- e) la reconnaissance mutuelle de la qualification des soumissionnaires, inscrits sur les listes permanentes tenues par les cantons parties au présent accord;
- f) des critères d'attribution propres à adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse;
- g) l'adjudication par voie de décision;
- h) la notification et la motivation sommaire des décisions d'adjudication;
- i) la possibilité d'interrompre et de répéter la procédure de passation en cas de justes motifs uniquement.

Conclusion du  
contrat

**Art. 14** <sup>1</sup>Le contrat ne peut être conclu avec l'adjudicataire qu'après l'écoulement du délai de recours et, en cas de recours, que si l'autorité juridictionnelle cantonale n'a pas accordé au recours l'effet suspensif.

<sup>2</sup>Si une procédure de recours est en cours sans que l'effet suspensif ait été prononcé, l'adjudicateur informe immédiatement l'autorité juridictionnelle de la conclusion du contrat.

#### *Section 5: Voies de droit*

Droit et délai de  
recours

**Art. 15** <sup>1</sup>Les décisions de l'adjudicateur peuvent faire l'objet d'un recours auprès d'une

autorité juridictionnelle cantonale. Celle-ci statue de manière définitive.

<sup>2</sup>Le recours, dûment motivé, doit être déposé dans les dix jours dès la notification de la décision d'adjudication.

<sup>3</sup>En l'absence de dispositions d'exécution cantonales, le Tribunal fédéral est compétent pour connaître de tous recours concernant l'application du présent accord.

Motifs du recours

**Art. 16** <sup>1</sup>Le recours peut être formé:

a) pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus de pouvoir d'appréciation;

b) pour constatation inexacte ou incomplète de faits pertinents.

<sup>2</sup>Le grief d'inopportunité ne peut pas être invoqué.

<sup>3</sup>En l'absence de dispositions d'exécution cantonales, les dispositions du présent accord peuvent être invoquées directement par les soumissionnaires.

Effet suspensif

**Art. 17** <sup>1</sup>Le recours n'a pas d'effet suspensif.

<sup>2</sup>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.

<sup>3</sup>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.

<sup>4</sup>Le recourant est tenu de réparer le préjudice causé par l'effet suspensif s'il a agi par dol ou par négligence grave.

Décision sur  
recours

**Art. 18** <sup>1</sup>Si le contrat n'est pas encore conclu, l'autorité de recours peut, soit statuer au fond, soit renvoyer la cause au pouvoir adjudicateur dont elle annule la décision, au besoin avec des instructions impératives.

<sup>2</sup>Si le contrat est déjà conclu et que le recours est jugé bien fondé, l'autorité de recours constate le caractère illicite de la décision.

## *Section 6: Vérification*

Vérification et  
sanctions

**Art. 19** <sup>1</sup>Chaque canton vérifie le respect, par les soumissionnaires et les pouvoirs adjudicateurs, des dispositions en matière de marchés publics, tant durant la procédure de passation qu'après l'adjudication.

<sup>2</sup>Chaque canton détermine les sanctions encourues en cas de violation des dispositions en matière de marchés publics.

### *Section 7: Dispositions finales*

Adhésion et  
dénonciation

**Art. 20** <sup>1</sup>Chaque canton peut adhérer à l'accord. Sa déclaration d'adhésion est remise à l'autorité intercantonale qui la communique à la Confédération.

<sup>2</sup>Le présent accord peut être dénoncé pour la fin d'une année civile moyennant un préavis de 6 mois adressé à l'autorité intercantonale. Celle-ci communique la dénonciation à la Confédération.

Entrée en vigueur

**Art. 21** <sup>1</sup>L'accord, dès que deux cantons au moins y auront adhéré, entrera en vigueur lors de sa publication dans le Recueil officiel des lois fédérales et pour les cantons qui y adhèrent ultérieurement, lors de la publication de leur adhésion dans ledit Recueil.

<sup>2</sup>Il en est de même des compléments et modifications apportés à l'accord.

Droit transitoire

**Art. 22** <sup>1</sup>Le présent accord s'applique à la passation de marchés qui sont mis en soumission ou adjugés après son entrée en vigueur.

<sup>2</sup>En cas de dénonciation, le présent accord continue à s'appliquer à la passation de marchés dont l'appel d'offres ou l'invitation à déposer une demande de participation sont publiés avant la fin de l'année civile pour laquelle la dénonciation est applicable.

Adopté par la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement (DTAP) et par la Conférence des chefs des départements cantonaux de l'économie publique (CDEP).



## Accord intercantonal

du 15 mars 2001

modifiant

l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP)

---

L'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP) est modifié comme il suit:

### 1. Dispositions générales

#### Art. 1 al. 1 et 2

<sup>1</sup>Le présent accord vise l'ouverture des marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales. Il s'applique également aux tiers, dans la mesure où ceux-ci sont obligés par des accords internationaux.

<sup>2</sup>Il vise à harmoniser les règles de passation des marchés conformément à des principes définis en commun, ainsi qu'à transposer les obligations découlant de l'Accord relatif aux marchés publics (OMC) et de l'Accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur certains aspects relatifs aux marchés publics.

### 2. Application de l'accord

Ce titre est supprimé.

#### Art. 4, al. 2 let. c, c<sup>bis</sup> (nouvelle), d, e, g et h (nouvelle), al. 3 et 4

c. adapter les valeurs seuils mentionnées dans les annexes;

c<sup>bis</sup> (nouveau) prendre acte et transmettre une demande d'exemption des adjudicateurs de l'assujettissement au présent accord, lorsque d'autres entités sont libres d'offrir les mêmes services dans la même aire géographique à des conditions substantiellement identiques (clause d'exemption);

d. (abrogé)

e. surveiller l'exécution du présent accord par les cantons et désigner un organe de contrôle;

g. (nouveau) agir comme organe de contact dans le cadre des traités internationaux;

h. (nouveau) désigner les délégués cantonaux aux commissions nationales et internationales et approuver les règles de fonctionnement.

<sup>3</sup>L'autorité intercantonale prend ses décisions à la majorité des trois-quarts des représentants présents, pour autant que la moitié des cantons soit représentée. Chaque canton partie à l'accord dispose d'une voix, qui est exprimée par un membre de son gouvernement.

<sup>4</sup>L'autorité intercantonale collabore avec les Conférences des chefs de départements cantonaux concernées et avec la Confédération.

## **Art. 5**

(abrogé)

### **3. Champ d'application**

#### **Art. 5<sup>bis</sup> Délimitation (nouveau)**

<sup>1</sup>Il y a lieu de faire une distinction entre les marchés publics soumis aux traités internationaux et les marchés publics non soumis aux traités internationaux.

<sup>2</sup>Les dispositions des marchés publics soumis aux traités internationaux transposent les accords internationaux dans le droit cantonal.

<sup>3</sup>Les dispositions des marchés publics non soumis aux traités internationaux harmonisent les règles cantonales.

## **Art. 6**

<sup>1</sup>Le présent accord s'applique à la passation des marchés soumis aux traités internationaux suivants:

- a. marchés de construction (réalisation de travaux de construction de bâtiments ou de génie civil);
- b. marchés de fournitures (acquisition de biens mobiliers, notamment sous forme d'achat, de crédit-bail/leasing, de bail à loyer, de bail à ferme ou de location-vente);
- c. marchés de services.

<sup>2</sup>(abrogé)

<sup>3</sup>(nouveau) Les dispositions des marchés publics non soumis aux traités internationaux s'appliquent à tous les marchés des adjudicateurs publics.

## **Art. 7**

<sup>1</sup>Les seuils de marchés soumis aux traités internationaux sont mentionnés dans l'annexe 1.

<sup>1<sup>bis</sup></sup>(nouveau) Les seuils des marchés publics non soumis aux traités internationaux sont mentionnés dans l'annexe 2.

<sup>1</sup><sup>er</sup>(nouveau) La taxe sur la valeur ajoutée n'est pas prise en considération pour l'estimation de la valeur du marché.

- a. (abrogé)
- b. (abrogé)
- c. (abrogé)

<sup>2</sup>Si un adjudicateur adjuge plusieurs marchés de construction soumis aux traités internationaux pour la réalisation d'un ouvrage, la valeur totale des travaux de bâtiment et de génie civil est déterminante. Les marchés de construction soumis aux traités internationaux qui n'atteignent pas séparément la valeur de deux millions de francs et, calculés ensemble, ne dépassent pas 20 pour cent de la valeur totale de l'ouvrage, sont passés selon les dispositions applicables aux marchés publics non soumis aux traités internationaux (clause de minimis).

## **Art. 8**

<sup>1</sup>Sont soumis aux dispositions des accords internationaux les pouvoirs adjudicateurs suivants:

- a. les cantons, les communes, de même que les autres collectivités de droit public cantonal ou communal, dans la mesure où elles n'ont pas un caractère commercial ou industriel;
- b. (abrogé)
- c. les autorités, de même que les entreprises publiques et privées opérant au moyen d'un droit exclusif ou particulier dans les domaines de l'approvisionnement en eau, en énergie et dans celui des transports et des télécommunications. Sont seuls soumis au présent accord les marchés en relation avec l'exécution, en Suisse, de leurs tâches dans les domaines précités;
- d. les autres adjudicateurs selon les traités internationaux en vigueur .

<sup>2</sup>Sont en outre soumis aux dispositions relatives aux marchés non soumis aux traités internationaux, lorsqu'ils adjugent d'autres marchés publics:

- a. (nouveau) les autres collectivités assumant des tâches cantonales ou communales; exclues sont leurs activités de caractère commercial ou industriel;
- b. (nouveau) les projets et prestations qui sont subventionnés à plus de 50 pour cent du coût total par des fonds publics.

<sup>3</sup>(nouveau) Les marchés auxquels participent plusieurs adjudicateurs visés aux al. 1 et 2 sont soumis au droit applicable au lieu du siège de l'adjudicateur principal. Les marchés lancés par une organisation commune sont soumis au droit applicable au lieu du siège de cette organisation. Si celle-ci n'a pas de siège, le droit applicable est celui du lieu où l'activité principale est déployée ou au lieu d'exécution. Une convention contraire reste réservée.

<sup>4</sup>(nouveau) Les marchés d'un adjudicateur visé aux al. 1 et 2, dont l'exécution n'a pas lieu au siège de l'adjudicateur, sont soumis au droit du lieu du siège de l'adjudicateur ou du lieu de l'activité principale.

**Art. 9 Soumissionnaires; réciprocité (nouveau), let. b et c**

- b. dans un Etat signataire d'un accord international sur les marchés publics;
- c. (abrogé)

**Art. 10 al. 1, let. c**

- c. aux marchés passés sur la base d'un traité international, qui se rapportent à un objet à réaliser et à supporter en commun;

**4. Procédure**

**Art. 12 al. 1, let. b<sup>bis</sup> (nouveau), al. 2, al. 3 (nouveau)**

b<sup>bis</sup> (nouveau) la procédure sur invitation: l'adjudicateur invite des soumissionnaires à présenter une offre dans un délai donné, sans publication. L'adjudicateur doit si possible demander au moins trois offres.

<sup>2</sup>(abrogé)

<sup>3</sup>Les concours d'études ou les concours portant sur les études et la réalisation doivent respecter les principes du présent accord. Pour le surplus, l'organisateur peut se référer aux règles établies par les organisations professionnelles concernées.

**Art. 12<sup>bis</sup> Choix de la procédure (nouveau)**

<sup>1</sup>Les marchés soumis aux traités internationaux peuvent, au choix, être passés selon la procédure ouverte ou la procédure sélective. Dans des cas particuliers déterminés par les traités eux-mêmes, ils peuvent être passés selon la procédure de gré à gré.

<sup>2</sup>Les marchés publics non soumis aux traités internationaux peuvent en outre être passés selon la procédure sur invitation ou la procédure de gré à gré selon l'annexe 2.

<sup>3</sup>Les cantons ont la faculté d'abaisser les valeurs seuils non soumis aux traités internationaux, mais ne peuvent pas invoquer la clause de réciprocité.

**Art. 13, let. a et j (nouvelle)**

- a. les publications obligatoires; ainsi que la publication des valeurs-seuils;
- j. (nouveau) l'archivage.

## **5. Voies de droit**

### **Art. 15 al. 1<sup>bis</sup> (nouveau) et al. 2<sup>bis</sup> (nouveau)**

1<sup>bis</sup>(nouveau) Sont réputées décisions sujettes à recours:

- a. l'appel d'offres;
- b. la décision concernant l'inscription des soumissionnaires sur la liste prévue à l'article 13 lit. e;
- c. la décision concernant le choix des participants à la procédure sélective;
- d. l'exclusion de la procédure;
- e. l'adjudication, sa révocation ou l'interruption d'une procédure d'adjudication.

2<sup>bis</sup>(nouveau) Les fêtes judiciaires ne s'appliquent pas.

## **7. Dispositions finales**

### **Art. 21 al. 3 (nouveau)**

<sup>3</sup>(nouveau) L'accord du 25 novembre 1994 reste en vigueur dans sa version initiale pour tous les cantons qui n'auront pas adhéré à ses modifications du 15 mars 2001.

Annexes:

1. Valeurs-seuils selon les dispositions des traités internationaux
2. Valeurs-seuils et procédures applicables aux marchés non soumis aux traités internationaux

## Annexe 1: Valeurs-seuils selon les dispositions des traités internationaux

### a) Accord relatif aux marchés publics (OMC)

ADJUDICATEUR	VALEURS-SEUILS EN CHF ( <i>Valeurs-seuils en DTS</i> )		
	marchés de construction (valeur totale)	marchés de fournitures	marchés de services
Cantons	<b>9'575'000</b> (5'000'000)	<b>383'000</b> (200'000)	<b>383'000</b> (200'000)
Autorités/entreprises publiques dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications	<b>9'575'000</b> (5'000'000)	<b>766'000</b> (400'000)	<b>766'000</b> (400'000)

**b) En vertu de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération,  
les adjudicateurs suivants sont également soumis aux dispositions des traités internationaux**

<b>ADJUDICATEUR</b>	<b>VALEURS-SEUILS EN CHF (<i>Valeurs-seuils en Euro</i>)</b>		
	marchés de construction (valeur totale )	marchés de fournitures	marchés de services
Communes	<b>9'575'000</b> <i>(6'000'000)</i>	<b>383'000</b> <i>(240'000)</i>	<b>383'000</b> <i>(240'000)</i>
Entreprises privées ayant des droits spéciaux ou exclusifs dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et du transport (y compris les téléphériques et les remonte-pentes)	<b>9'575'000</b> <i>(6'000'000)</i>	<b>766'000</b> <i>(480'000)</i>	<b>766'000</b> <i>(480'000)</i>
Entreprises publiques ou privées ayant des droits spéciaux ou exclusifs dans le secteur du transport ferroviaire et dans le secteur énergétique (approvisionnement en gaz et en chaleur)	<b>8'000'000</b> <i>(5'000'000)</i>	<b>650'000</b> <i>(400'000)</i>	<b>650'000</b> <i>(400'000)</i>
Entreprises publiques ou privées ayant des droits spéciaux ou exclusifs dans le secteur des télécommunications	<b>8'000'000</b> <i>(5'000'000)</i>	<b>960'000</b> <i>(600'000)</i>	<b>960'000</b> <i>(600'000)</i>

**Annexe 2: Valeurs seuils et procédures applicables aux marchés non soumis aux traités internationaux**

CHAMP D'APPLICATION	FOURNITURES (valeurs-seuils en CHF)	SERVICES (valeurs-seuils en CHF)	CONSTRUCTION (valeurs-seuils en CHF)	
			Second œuvre	Gros œuvre
Procédure de gré à gré	jusqu'à 100'000	jusqu'à 150'000	jusqu'à 150'000	jusqu'à 300'000
Procédure sur invitation	jusqu'à 250'000	jusqu'à 250'000	jusqu'à 250'000	jusqu'à 500'000
Procédure ouverte / sélective	dès 250'000	dès 250'000	dès 250'000	dès 500'000



**Autorité intercantonale pour les marchés publics (AIMP)**

---

Directives-type pour:

**Directives pour l'exécution (DEMP)**  
de  
**l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP)**  
**du 25 novembre 1994 / 15 mars 2001.**

(selon l'art. 3 de l'AIMP et [accords cantonaux, etc.]

---

**I. Champ d'application**

**§ 1 But**

Ces directives d'exécution règlent les particularités relatives aux marchés soumis à l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) et à la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI).

**§ 2 Valeur du marché**

<sup>1</sup>Toute forme d'indemnisation est prise en compte dans le calcul de la valeur du marché, à l'exclusion de la taxe sur la valeur ajoutée.

<sup>2</sup>Les règles régissant les marchés publics ne doivent pas être contournées en divisant le marché.

**§ 3 Marchés de construction**

<sup>1</sup>Par gros œuvre, on entend tous les travaux nécessaires à la structure porteuse d'une construction; les autres travaux relèvent du second œuvre.

<sup>2</sup>Pour les ouvrages non soumis aux traités internationaux, le choix de la procédure est fonction de la valeur de chaque marché de construction.

**§ 4 Fournitures et services**

<sup>1</sup>Si plusieurs marchés de fournitures ou de prestations de services identiques sont passés ou si un marché de fournitures ou de prestations de services est subdivisé en plusieurs marchés séparés de nature identique (lots), la valeur du marché est calculée:

a. soit selon la valeur totale effective des marchés répétitifs passés au cours des douze derniers mois;

- b. soit selon la valeur estimée des marchés répétitifs au cours de l'exercice ou dans les douze mois qui suivent le premier marché.

<sup>2</sup>Si un marché contient des options sur des marchés ultérieurs, la valeur globale est déterminante.

<sup>3</sup>Pour les marchés de fournitures et de prestations de services sous la forme de crédit-bail (leasing), location ou location-vente, de même que pour les marchés qui ne prévoient pas expressément un prix total, la valeur du marché est calculée comme suit:

- a. dans le cas de marchés de durée déterminée, la valeur totale pour toute la durée du contrat, si celle-ci est inférieure ou égale à douze mois, ou la valeur totale, y compris la valeur résiduelle estimée, si leur durée dépasse douze mois;
- b. dans le cas de contrats de durée indéterminée, l'acompte mensuel multiplié par 48.

## **II. Soumissionnaires**

### **§ 5 Consortium**

Si la constitution de consortiums n'est pas expressément exclue ou limitée dans l'appel d'offres ou les documents d'appel d'offres, plusieurs soumissionnaires peuvent adresser une offre commune.

### **§ 6 Participants à l'exécution du marché**

L'adjudicateur peut requérir du soumissionnaire des renseignements sur:

- a. la nature et l'importance des marchés qui seront sous-traités;
- b. le nom et le siège des participants à l'exécution du marché;
- c. la preuve de l'aptitude des participants à l'exécution du marché.

### **§ 7 Protection des travailleurs et conditions de travail**

<sup>1</sup>L'adjudicateur s'assure que les soumissionnaires:

- a. respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail ainsi que l'égalité de traitement entre hommes et femmes;
- b. garantissent par contrat que les sous-traitants respectent ces prescriptions.

<sup>2</sup>Les conditions de travail sont celles fixées par les conventions collectives et les contrats types de travail; en leur absence ce sont les prescriptions usuelles de la branche professionnelle qui s'appliquent. Toutes les prescriptions en vigueur en Suisse sont réputées équivalentes.

<sup>3</sup>Sur demande, le soumissionnaire doit prouver qu'il respecte les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail, qu'il a payé ses cotisations aux institutions sociales et ses impôts ou qu'il donne plein pouvoir à l'adjudicateur pour effectuer les contrôles.

## **§ 8 Incompatibilité**

Les personnes et entreprises qui participent à la préparation des documents d'appel d'offres ou aux procédures de passation des marchés publics de manière à pouvoir influencer l'adjudication en leur faveur, ne peuvent présenter d'offre.

## **III. Types de procédures**

### **§ 9 Procédure de gré à gré**

<sup>1</sup>Indépendamment de la valeur du marché, l'adjudicateur peut adjuger un marché directement, sans lancer d'appel d'offres, si l'une des conditions suivantes est remplie:

- a. aucune offre n'est présentée dans le cadre de la procédure ouverte, sélective ou sur invitation ou aucun soumissionnaire ne répond aux critères de qualification;
- b. toutes les offres présentées dans le cadre de la procédure ouverte, sélective ou sur invitation ont été concertées ou ne satisfont pas aux exigences essentielles de l'appel d'offres;
- c. un seul soumissionnaire entre en considération en raison des particularités techniques ou artistiques du marché ou pour des motifs relevant du droit de la propriété intellectuelle, et il n'existe pas de solution de rechange adéquate;
- d. les principes fondamentaux tels que confidentialité, secrets professionnels ou protection de la personnalité ne peuvent être garantis que de cette façon;
- e. en raison d'événements imprévisibles, l'urgence du marché est telle qu'il est impossible de suivre une procédure ouverte, sélective ou sur invitation;
- f. des événements imprévisibles font que des prestations supplémentaires sont nécessaires pour exécuter ou compléter un marché adjugé sous le régime de la libre concurrence et le fait de séparer ces prestations du marché initial pour des motifs techniques ou économiques entraîne pour l'adjudicateur des difficultés importantes. La valeur des marchés supplémentaires ne doit pas dépasser la moitié de la valeur du marché initial;
- g. les prestations destinées à remplacer, à compléter ou à accroître des prestations déjà fournies doivent être achetées auprès du soumissionnaire initial étant donné que l'interchangeabilité avec du matériel ou des services existants ne peut être garantie que de cette façon;
- h. l'adjudicateur adjuge un nouveau marché lié à un marché de base similaire adjugé selon la procédure ouverte, sélective ou sur invitation. Il a mentionné dans l'appel d'offres relatif au projet de base qu'il est possible de recourir à la procédure de gré à gré pour de tels marchés;
- i. l'adjudicateur achète des biens nouveaux (prototypes) ou des services d'un nouveau genre qui ont été produits ou mis au point à sa demande dans le cadre d'un marché de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement original;
- j. l'adjudicateur déclare par avance son intention d'adjuger le marché au lauréat d'un concours de projet ou portant sur les études et la réalisation;

- k. l'adjudicateur achète des biens sur un marché de produits de base;
- l. l'adjudicateur peut acheter des biens à un prix nettement inférieur aux prix usuels à la faveur d'une offre avantageuse limitée dans le temps, notamment dans le cas de liquidations.

<sup>2</sup>L'adjudicateur rédige un rapport sur chaque marché soumis aux traités internationaux adjugé de gré à gré. Le rapport mentionnera:

- a. le nom de l'adjudicataire;
- b. la valeur et la nature du marché;
- c. le pays d'origine de la prestation;
- d. la disposition du 1<sup>er</sup> alinéa en vertu de laquelle le marché a été adjugé de gré à gré.

#### **IV. Publication**

##### **§ 10 *Forme***

<sup>1</sup>Pour les procédures ouvertes ou sélectives, l'appel d'offres paraît au minimum dans la Feuille d'Avis Officiels cantonale.

<sup>2</sup>Pour les marchés soumis aux traités internationaux il est également publié sur une plateforme électronique commune entre la Confédération et les cantons ou sous la forme d'un résumé dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC).

<sup>3</sup>Dans le cas des procédures sur invitation et de gré à gré, l'invitation à soumissionner se fait par communication directe. La procédure de gré à gré n'est soumise à aucune prescription de forme.

##### **§ 11 *Marchés groupés***

Les marchés bien définis dans le temps peuvent faire l'objet d'une seule publication. Elle contient au moins les indications fixées à l'art. 12, l'obligation pour les soumissionnaires de faire part de leur intérêt ainsi que l'indication du lieu où des informations supplémentaires peuvent être obtenues.

##### **§ 12 *Indications***

L'appel d'offres contient au minimum les indications suivantes:

- a. le nom et l'adresse de l'adjudicateur;
- b. le type de procédure;
- c. l'objet et l'importance du marché, y compris les options concernant des marchés complémentaires;
- d. information sur les variantes et la durée du marché;
- e. calendrier prévu pour la publication des travaux accessoires;

- f. le délai d'exécution et de livraison;
- g. la langue de la procédure de soumission;
- h. les critères d'aptitudes et les garanties financières, dans le cas où il n'est pas remis de documents d'appel d'offre;
- i. le lieu où les documents peuvent être obtenus et leur prix,.
- j. le lieu et le délai de remise d'une offre ou d'une demande de participation à la procédure sélective;
- k. l'indication que le marché est soumis aux traités internationaux;
- l. l'exclusion éventuelle ou la limitation des consortiums comme soumissionnaires;
- m. les critères d'adjudication par ordre d'importance ou leur pondération, dans les cas où il n'est pas remis de documents d'appel d'offres.

### **§ 13 Langue**

<sup>1</sup>L'appel d'offres doit être rédigé dans une des langues officielles de la Suisse.

<sup>2</sup>Si l'appel d'offres soumis aux traités internationaux n'est pas rédigé en français, on lui adjointra un résumé en langue française.

<sup>3</sup>Ce résumé contient les indications suivantes:

- a. le nom et l'adresse de l'adjudicateur;
- b. la prestation demandée;
- c. le délai pour la demande de participation à la procédure sélective ou pour la remise d'offres;
- d. l'adresse où les documents d'appel d'offres peuvent être demandés.

### **§ 14 Documents d'appel d'offres**

Die Ausschreibungsunterlagen enthalten mindestens:

- a. le nom et l'adresse de l'adjudicateur;
- b. l'objet et l'importance du marché;
- c. le lieu où des renseignements supplémentaires peuvent être demandés;
- d. la langue des offres et documents;
- e. le lieu et le délai de remise d'une offre ou d'une demande de participation à la procédure sélective;
- f. la durée de validité de l'offre;

- g. les critères d'aptitude, ainsi que les preuves à fournir par le soumissionnaire;
- h. les conditions particulières relatives aux variantes, aux offres partielles et à la formation de lots;
- i. les critères d'adjudication par ordre d'importance ou leur pondération;
- j. les conditions de paiement.

### **§ 15 Spécifications techniques**

<sup>1</sup>L'adjudicateur précise les spécifications techniques exigées dans les documents d'appel d'offres. Celles-ci sont:

- a. fondées sur les propriétés d'emploi du produit plutôt que sur sa conception ou ses caractéristiques descriptives;
- b. définies sur la base de normes internationales et, en leur absence, des normes techniques appliquées en Suisse.

<sup>2</sup>Il ne devra pas être exigé ou mentionné de marques de fabrique ou de commerce, de brevets, de modèles ou de types particuliers, ni d'origines ou de producteurs de produits ou de services déterminés, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché et à la condition que des termes tels que "ou l'équivalent" figurent dans la documentation relative à l'appel d'offres.

<sup>3</sup>Si un soumissionnaire s'écarte de ces normes, il doit démontrer l'équivalence de ces spécifications techniques.

<sup>4</sup>Les adjudicateurs ne doivent pas solliciter ni accepter, d'une manière qui aurait pour effet d'empêcher la concurrence, des avis pouvant être utilisés pour l'établissement des spécifications relatives à un marché déterminé, de la part d'une société qui pourrait avoir un intérêt commercial dans le marché.

### **§ 16 Renseignements**

<sup>1</sup>Les adjudicateurs répondent dans les plus brefs délais aux questions ayant trait aux documents d'appel d'offres, dans la mesure où les renseignements supplémentaires fournis ne favorisent pas le soumissionnaire.

<sup>2</sup>Les renseignements importants fournis à un soumissionnaire doivent simultanément être communiqués aux autres.

### **§ 17 Confidentialité et droits d'auteurs**

<sup>1</sup>Les documents fournis par les soumissionnaires, en particulier les secrets d'affaires et de fabrication, sont traités de façon confidentielle.

<sup>2</sup>L'adjudicateur ne peut faire usage ou transmettre ces documents à un tiers qu'avec l'accord du soumissionnaire.

## **§ 18 Délais: Principe**

<sup>1</sup>Lors de la fixation des délais, on tient notamment compte de la complexité du marché, de l'importance des marchés de sous-traitance ainsi que du temps nécessaire pour transmettre les demandes ou les offres.

<sup>2</sup>La prolongation d'un délai vaut pour tous les soumissionnaires. Ils doivent être informés à temps et simultanément.

## **§ 19 Délais pour les marchés soumis aux traités internationaux**

<sup>1</sup>Les délais pour les marchés soumis aux traités internationaux ne peuvent être inférieurs à:

- a. 40 jours depuis l'appel d'offres dans la procédure ouverte pour la présentation d'une offre;
- b. 25 jours depuis l'appel d'offres pour une demande de participation à une procédure sélective. Le délai d'envoi d'une offre ne doit pas être inférieur à 40 jours, calculé à compter du moment où l'invitation à remettre des offres est publiée.

<sup>2</sup>Les délais peuvent être réduits dans les cas suivants:

- a. lorsqu'une annonce particulière est intervenue au préalable dans un délai de 40 jours jusqu'à un maximum de 12 mois, laquelle contient les indications du § 12 et la remarque que les soumissionnaires intéressés doivent s'annoncer au service désigné et peuvent y demander des renseignements supplémentaires; dans ce cas le délai peut être réduit, en règle générale à 24 jours, à condition qu'il reste suffisamment de temps pour élaborer une offre, mais en aucun cas à moins de 10 jours;
- b. s'il s'agit d'un second appel d'offres ou d'un autre appel d'offres de marchés de nature répétitive, jusqu'à 24 jours;
- c. dans des cas urgents qui rendent un respect des délais selon l'alinéa 1 impraticable, mais pas moins de 10 jours.

## **§ 20 Délais pour les marchés non soumis aux traités internationaux**

Les délais pour les marchés non soumis aux traités internationaux ne doivent en général pas être inférieurs à 20 jours.

## **V. Aptitude des soumissionnaires**

### **§ 21 Critères d'aptitude**

<sup>1</sup>L'adjudicateur définit des critères d'aptitude objectifs et les preuves à apporter pour l'évaluation de l'aptitude des soumissionnaires.

<sup>2</sup>Les critères d'aptitude concernent en particulier les capacités professionnelles, financières, économiques, techniques et organisationnelles.

## **§ 22 Listes permanentes**

<sup>1</sup>Les adjudicateurs peuvent tenir des listes permanentes des soumissionnaires qualifiés.

<sup>2</sup>Les adjudicateurs qui tiennent des listes permanentes des soumissionnaires qualifiés, publient chaque année au minimum un avis dans la Feuille d'Avis Officiels cantonale comportant les indications suivantes:

- a. l'énumération des listes tenues;
- b. les conditions d'admission et les méthodes de vérification;
- c. la durée de la validité et la procédure de mise à jour des listes.

<sup>3</sup>Si les listes sont valables pour une période d'au maximum trois ans, une publication au début de cette période suffit.

<sup>4</sup>Une procédure de contrôle doit à tout moment garantir que l'aptitude de chacun des candidats qui dépose une demande d'admission puisse être vérifiée.

<sup>5</sup>Les soumissionnaires inscrits sont informés de la suppression d'une liste. L'exclusion de la liste est fonction du § 27 et doit être justifiée par écrit.

## **VI. Offres**

### **§ 23 Envoi de l'offre**

<sup>1</sup>L'offre doit être faite par écrit, remise sous pli fermé directement ou par la poste et parvenir complète dans le délai imparti au lieu indiqué dans l'appel d'offres.

<sup>2</sup>L'offre peut également être faite par voie électronique si:

- a. l'adjudicateur l'a admis dans l'appel d'offres;
- b. l'identité du soumissionnaire et la confidentialité de l'offre sont garanties;
- c. le système permet de garantir qu'elle ne peut pas être modifiée.

<sup>3</sup>L'offre porte la signature originale ou authentifiée de son auteur.

<sup>4</sup>L'offre ne peut plus être modifiée à l'échéance du délai.

### **§ 24 Présentation d'une demande de participation**

Les demandes de participation à une procédure sélective doivent être faites dans le délai par poste, fax, ou par voie électronique dans la mesure où l'adjudicateur accepte expressément une telle présentation.

### **§ 25 Indemnisation**

L'élaboration d'une offre et d'une demande de participation à la procédure sélective ne donnent droit en principe à aucune indemnité.



## **§ 26 Ouverture des offres**

<sup>1</sup>Hormis la procédure de gré à gré, les offres doivent rester fermées jusqu'à la date prévue pour leur ouverture.

<sup>2</sup>Les offres parvenues dans le délai doivent être ouvertes par au minimum deux représentants de l'adjudicateur.

<sup>3</sup>Un procès-verbal est établi à l'ouverture des offres. Les noms des personnes présentes, les noms des soumissionnaires, les dates de réception et les prix des offres doivent y être au minimum contenus, ainsi que les éventuelles variantes et offres partielles.

<sup>4</sup>Tous les soumissionnaires ont droit, sur demande, à consulter ce procès-verbal au plus tard dès l'adjudication.

## **§ 27 Motif d'exclusion**

Un soumissionnaire peut être exclu de participer, en particulier lorsqu'il:

- a. ne satisfait pas ou plus aux critères d'aptitude exigés;
- b. a fourni de faux renseignements;
- c. a pas payé ses impôts ou ses cotisations sociales;
- d. ne répond pas aux dispositions des art. 11 let. e ,f et g de l'AIMP;
- e. a conclu des ententes qui contreviennent à une concurrence efficace ou y nuisent considérablement;
- f. fait l'objet d'une procédure de faillite;
- g. a été reconnu coupable par une décision judiciaire d'une faute professionnelle;
- h. ne respecte pas les exigences essentielles de forme, n'a pas rempli complètement l'offre, ne l'a pas signée, n'a pas respecté le délai de remise ou a modifié les documents d'appel d'offres.

## **§ 28 Examen des offres**

<sup>1</sup>Les offres sont examinées sur le plan technique et arithmétique d'après des critères uniformes. Des tiers peuvent être nommés comme experts.

<sup>2</sup>Les erreurs évidentes de calcul et d'écriture sont corrigées.

<sup>3</sup>Un tableau comparatif objectif des offres est ensuite établi.

## **§ 29 Explications**

<sup>1</sup>L'adjudicateur peut demander aux soumissionnaires des explications relatives à leur aptitude et à leur offre.

<sup>2</sup>Les explications orales sont transcrites par l'adjudicateur.

### **§ 30 *Interdiction des négociations***

<sup>1</sup>Les négociations entre l'adjudicateur et les soumissionnaires sur les prix, les remises de prix et modifications des prestations sont interdites.

<sup>2</sup>Elles sont toutefois autorisées dans la procédure de gré à gré.

### **§ 31 *Offres anormalement basses***

Si un adjudicateur reçoit une offre anormalement plus basse que les autres, il peut demander des renseignements au soumissionnaire pour s'assurer que celui-ci respecte les conditions de participation et peut satisfaire les conditions du marché.

## **VII. Attribution du marché**

### **§ 32 *Critères d'adjudication***

<sup>1</sup>Le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. Les critères suivants peuvent en particulier être pris en considération: la qualité, le prix, la convenance de la prestation, les délais, la valeur technique, l'esthétique, les coûts d'exploitation, le développement durable, la créativité, le service après-vente, l'infrastructure.

<sup>2</sup>L'adjudication de biens largement standardisés peut également intervenir exclusivement selon le critère du prix le plus bas.

### **§ 33 *Division du marché***

L'adjudicateur ne peut partager le marché et l'attribuer à plusieurs soumissionnaires sans leur agrément que si et dans la mesure où il l'a spécifié dans les documents d'appel d'offres ou s'il a obtenu leur accord avant l'adjudication.

### **§ 34 *Publication de l'adjudication du marché***

Chaque adjudicateur publie, au plus tard dans les 72 jours après l'adjudication d'un marché soumis aux traités internationaux, un communiqué qui paraît au minimum dans la Feuille d'Avis officiels cantonale, dans la Feuille suisse du commerce (FOSC) ou sur une plate-forme électronique commune entre la Confédération et les cantons. Cette communication contient les indications suivantes:

- a. type de procédure utilisée;
- b. objet et importance du marché;
- c. nom et adresse de l'adjudicateur;
- d. date de l'adjudication;
- e. nom et adresse de l'adjudicataire;

f. prix de l'offre retenue.

### **§ 35 Révocation de l'adjudication**

L'adjudication peut être révoquée aux conditions du § 27.

### **§ 36 Interruption et répétition de la procédure**

<sup>1</sup>L'adjudicateur peut interrompre ou répéter la procédure pour des raisons importantes, notamment lorsque:

- a. aucune offre satisfaisant les exigences techniques et les critères définis dans les documents d'appel d'offres ou dans l'appel d'offres n'a été adressée;
- b. en raison de modifications des conditions-cadres ou marginales, des offres plus avantageuses sont attendues du fait de la disparition des distorsions de concurrence;
- c. les offres déposées ne permettent pas de garantir une concurrence efficace;
- d. une modification importante du projet a été nécessaire.

<sup>2</sup>L'interruption ou la répétition de la procédure doivent être communiquées aux soumissionnaires, ainsi que publiées dans les cas de procédures ouvertes et sélectives.

### **§ 37 Décisions de l'adjudicateur**

<sup>1</sup>L'adjudicateur communique ses décisions soit par notification individuelle soit par publication dans la feuille d'Avis officiels cantonale.

<sup>2</sup>Les décisions de l'adjudicateur sont sommairement motivées et indiquent la voie de recours.

<sup>3</sup>Sur demande du soumissionnaire non retenu, l'adjudicateur indique:

- a. le type de procédure appliqué;
- b. le nom du soumissionnaire retenu;
- c. le prix de l'offre retenue;
- d. les motifs essentiels pour lesquels son offre n'a pas été retenue;
- e. les caractéristiques et avantages de l'offre retenue.

## **VIII. Surveillance**

### **§ 38 Sanctions [= matière pour loi formelle]**

<sup>1</sup>Les violations graves des règles régissant les marchés publics sont sanctionnées par l'avertissement, la révocation de l'adjudication, une amende allant jusqu'à 10% du prix final de l'offre ou l'exclusion de tout nouveau marché durant cinq ans.

<sup>2</sup>Cette décision est susceptible de recours dans les dix jours au Tribunal administratif.

<sup>3</sup>Ces possibilités de sanctions n'excluent pas d'autres poursuites judiciaires à l'encontre du soumissionnaire fautif.

### **§ 39 Statistiques**

Sur demande de l'autorité intercantonale, les adjudicateurs tiennent une statistique annuelle des marchés soumis aux traités internationaux et la communiquent au canton. Celui-ci la transmet à l'autorité intercantonale à l'intention de la Confédération.

### **§ 40 Archivage**

<sup>1</sup>Sauf dispositions contraires, les dossiers relatifs aux marchés publics doivent être conservés au minimum trois ans après la fin de la procédure.

<sup>2</sup>Les dossiers comprennent:

- a. l'appel d'offres;
- b. les documents d'appel d'offres;
- c. le procès-verbal d'ouverture des offres;
- d. la correspondance relative à la procédure;
- e. les décisions prises;
- f. l'offre retenue;
- g. les rapports relatifs aux marchés soumis aux traités internationaux et adjugés selon la procédure de gré à gré (§ 9 al. 2).

Zurich, le 2 mai 2002 GG

Version du 13 juillet 2001

**Règlement interne de la commission "Marchés publics Confédération-Cantons" pour la transposition et la surveillance des obligations internationales de la Suisse en matière de marchés publics**

Vu les décisions du Conseil fédéral du 4 décembre 1995 et du 3 avril 1996 concernant la création d'une commission pour l'introduction et la surveillance des obligations internationales de la Suisse en matière d'achats publics,

*vu les décisions de la Conférence des gouvernements cantonaux du 21 juin 1996 et de l'autorité intercantonale du 13 septembre 2001,*

*vu l'article 8 de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur certains aspects relatifs aux marchés publics<sup>2</sup>,*

*le règlement interne suivant a été adopté:*

**Art. 1 Buts**

<sup>1</sup>La Commission veille au respect, à tous les niveaux, des obligations internationales de la Suisse en matière de marchés publics. Ses tâches consistent principalement à:

- préparer la position suisse dans les instances internationales qui s'occupent de marchés publics;
- conseiller les délégations suisses aux futures négociations internationales sur les marchés publics et assurer la mise en œuvre appropriée de leurs résultats;
- promouvoir les échanges de vues entre représentants de la Confédération et des cantons sur les questions touchant l'élaboration, la mise en œuvre des accords internationaux sur les marchés publics, leur application et leur surveillance aux niveaux de la Confédération et des cantons, notamment par le biais de recommandations, en respectant pleinement les compétences (législatives, juridictionnelles, décisionnelles et de surveillance) respectives;
- fournir des informations aux milieux intéressés sur les prescriptions légales pertinentes en matière de marchés publics, aux niveaux de la Confédération et des cantons, pour autant que l'information ne relève pas d'autres organes fédéraux ou cantonaux;
- soigner les contacts internationaux avec les autorités de surveillance, dans le cadre de la collaboration internationale en matière de marchés publics.

<sup>2</sup>En outre la Commission, dont les membres, dans les cas ci-après, agissent sans instruction et en respectant les règles de récusation obligatoire au sens de l'article 9 du présent règlement, assume les tâches suivantes:

- elle conseille et sert d'intermédiaire dans les cas particuliers liés aux différends en relation avec les affaires visées au par. 1;

---

<sup>2</sup>FF 1999 5802

- elle peut également, s'il n'y a pas eu de recours à la suite de la violation d'obligations internationales, procéder à une dénonciation auprès de l'autorité compétente de la Confédération ou des cantons, sur plainte d'un soumissionnaire ou – dans tous les cas – dans le cadre de la collaboration internationale, dans la mesure où le service d'achat compétent ne remédie pas à la situation.

## **Art. 2 Composition et statut**

<sup>1</sup>La Commission est composée de manière paritaire par des représentants de la Confédération et des cantons. Le nombre est limité à 16 membres. Elle est présidée par un membre de la direction du Secrétariat d'Etat à l'économie (seco) du DFE. Les représentants de la Confédération et leurs suppléants sont désignés par le Conseil fédéral sur proposition du DFE. Les représentants des cantons, leurs suppléants ainsi que le vice-président sont désignés par l'autorité intercantonale.

<sup>2</sup>En cas d'empêchement du président, c'est un représentant du seco qui préside la Commission.

<sup>3</sup>Elle constitue une commission permanente de type consultatif .

## **Art. 3 Convocation et rythme des séances**

<sup>1</sup>La Commission siège trois fois par an au moins ou plus selon les besoins.

<sup>2</sup>Les séances de la Commission se tiennent sur convocation du président. De plus, si quatre membres en font la demande, une séance doit avoir lieu dans les 20 jours.

## **Art. 4 Vote**

<sup>1</sup>La Commission prend ses décisions en séance plénière. Elle est habilitée à le faire si la moitié au moins des membres de la Confédération et des membres des cantons ou de leurs suppléants sont présents.

<sup>2</sup>Les décisions sont prises à la majorité simple. En cas de partage des voix, le président décide dans la mesure où la décision ne porte pas sur une question pour laquelle la délégation de la Confédération ou celle des cantons ne prend pas chacune une décision unanime.

<sup>3</sup>Dans les cas idoines, le président demande de se prononcer par voie de circulation.

## **Art. 5 Groupes de travail et sous-commissions**

<sup>1</sup>La Commission peut constituer des groupes de travail chargés de traiter des questions d'importance générale.

<sup>2</sup>En cas de besoin, le président peut créer des sous-commissions composées de trois membres, à savoir le président ou son suppléant, un représentant de la Confédération et un représentant des cantons. Les autres membres doivent être régulièrement informés des travaux de celles-ci. Les mandats ou recommandations d'une sous-commission doivent être approuvés par la Commission.

## **Art. 6 Experts**

<sup>1</sup>La Commission peut entendre, à titre d'experts, des représentants des services concernés, des experts indépendants ou des représentants des branches intéressées.

<sup>2</sup>La Commission ou les experts mandatés ne disposent pas du droit de consulter les dossiers. Toutefois, les autorités ou les entités concernées peuvent accorder à la Commission ou aux experts mandatés l'accès aux dossiers.

## **Art. 7 Rapport et information**

<sup>1</sup>La Commission remet à chaque fin d'année un rapport au Conseil fédéral et à l'autorité intercantonale. La dernière année d'une législature des représentants de la Confédération, ce rapport doit être remis six mois avant la fin de l'année.

<sup>2</sup>Lorsque la Commission traite des questions d'importance générale, elle peut en informer le public.

## **Art. 8 Secret de fonction**

<sup>1</sup>Les membres de la Commission, leurs suppléants et les experts auxquels il est fait appel sont soumis au secret de fonction au sens de l'art. 320 du code pénal<sup>3</sup>.

<sup>2</sup>Ils doivent notamment garder le secret sur le déroulement des négociations internationales, le contenu des requêtes et des rapports qui ne sont pas destinés au public et sur les noms des requérants.

## **Art. 9 Récusation obligatoire**

<sup>1</sup>Les membres de la Commission ou leurs suppléants doivent se récuser:

- a. s'ils ont un intérêt personnel dans l'affaire;
- b. s'ils représentent une partie ou ont agi dans la même affaire pour une partie;
- c. si, pour d'autres raisons, ils pourraient avoir une opinion préconçue dans l'affaire.

<sup>2</sup>Si la récusation est contestée, la décision est prise par les membres de la Commission en l'absence de ce membre.

## **Art. 10 Secrétariat**

Le secrétariat est assuré par le secteur OMC du seco. Le secrétaire n'a pas le droit de vote.

---

<sup>3</sup>RS 310.0

**Art. 11    Frais**

<sup>1</sup>La Confédération et les cantons prennent en charge les dépenses de leurs membres de la Commission et de leurs suppléants.

<sup>2</sup>Les frais relatifs aux experts externes sont pris en charge à part égale par la Confédération et les cantons.

<sup>3</sup>Les frais du secrétariat sont pris en charge par le seco.

**Art. 12    Entrée en vigueur**

Le présent règlement entre en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2002.



## TABLE DES MATIERES

	<i>Pages</i>
<i>Résumé</i> .....	1
1. INTRODUCTION .....	2
2. SITUATION JURIDIQUE ACTUELLE .....	2
2.1. L'accord de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) relatif aux marchés publics du 15 avril 1994 .....	2
2.2. L'accord bilatéral entre la Suisse et l'Union européenne (UE) sur certains aspects relatifs aux marchés publics du 21 juin 1999.....	3
2.3. La loi fédérale sur les marchés publics, du 16 décembre 1994 et l'ordonnance sur les marchés publics (OMP), du 11 décembre 1995 .....	3
2.4. La loi fédérale sur le marché intérieur (LMI), du 6 octobre 1995.....	3
2.5. L'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), du 25 novembre 1994 et les directives pour l'exécution de l'AIMP, du 25 novembre 1994 .....	3
2.6. La loi cantonale sur les marchés publics (LCMP), du 23 mars 1999, et le règlement d'exécution de la loi cantonale sur les marchés publics, du 3 novembre 1999.....	5
2.6.1. <i>Les dispositions générales</i> .....	5
2.6.2. <i>Procédure d'adjudication</i> .....	5
2.6.3. <i>Application de la loi</i> .....	6
2.6.4. <i>Dispositions transitoires et finales</i> .....	6
2.6.5. <i>Le règlement d'exécution de la LCMP, du 3 novembre 1999</i> .....	6
3. REVISION PARTIELLE DE L'AIMP .....	7
3.1. Motifs de la révision partielle de l'AIMP .....	7
3.2. Contenu et portée de l'accord bilatéral no 7 et conséquences sur le droit interne (au niveau fédéral, intercantonal et cantonal).....	8
3.3. Harmonisation des pratiques cantonales.....	8
4. OBJET ET ETENDUE DE LA MODIFICATION DE L'AIMP .....	9
4.1. Remarques générales .....	9
4.2. Assujettissement et clause d'exemption .....	9
4.3. Harmonisation des valeurs seuils sur le marché intérieur.....	10
4.4. Protection juridique.....	11
4.5. Devoir d'information .....	11
4.6. Devoir de collaboration et de surveillance .....	11

5.	EXAMEN DETAILLE DU PROJET DE REVISION DE L'AIMP.....	11
6.	DISPOSITIONS D'EXECUTION DE L'AIMP .....	16
7.	REVISION DE LA LCMP .....	16
7.1.	Motifs de la révision de la LCMP .....	16
7.2.	Contenu de la révision de la LCMP .....	17
7.2.1.	<i>Les dispositions générales</i> .....	18
7.2.2.	<i>Procédure d'adjudication</i> .....	18
7.2.3.	<i>Application de la loi</i> .....	19
7.2.4.	<i>Dispositions transitoires et finales</i> .....	20
8.	EXAMEN DETAILLE DU PROJET DE REVISION DE LA LCMP.....	20
9.	REVISION DE LA LOI SUR LES COMMUNES .....	34
10.	EXAMEN DETAILLE DU PROJET DE REVISION DE LA LOI SUR LES COMMUNES .....	34
11.	DISPOSITIONS D'EXECUTION DE LA LCMP ET DE LA LOI SUR LES COMMUNES .....	35
12.	CONSEQUENCES FINANCIERES POUR LE CANTON DE NEUCHATEL.....	35
13.	CONCLUSION .....	35
	Loi portant modification de la loi portant adhésion à l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP).....	36
	Loi portant modification de la loi cantonale sur les marchés publics (LCMP).....	37
	Loi portant modification de la loi sur les communes .....	49
Annexe 1:	Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), du 25 novembre 1994 .....	50
Annexe 2:	Accord intercantonal du 15 mars 2001 modifiant l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), du 25 novembre 1994 et ses deux annexes 1a, 1b et 2 .....	57
Annexe 3:	Directives-type pour l'exécution (DEMP) de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 25 novembre 1994 / 15 mars 2001 .....	65
Annexe 4:	Règlement interne de la Commission "Marchés publics Confédération-Cantons" pour la transposition et la surveillance des obligations internationales de la Suisse en matière de marchés publics .....	77