

Ordonnance sur les marchés publics (OMP)

Révision du 18 novembre 2009

Commentaire succinct du point de vue des partenariats public-privé (PPP)

1. Situation initiale

La procédure concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) est en cours. La consultation est terminée, les résultats de l'évaluation sont à présent disponibles.

Étant donné que la procédure de révision concernant l'accord de l'OMC sur les marchés publics a pris du retard (et puisque cet accord forme la base de la LMP), il a été décidé de procéder à une révision partielle anticipée de l'ordonnance du Conseil fédéral sur les marchés publics (OMP).

Au niveau de la révision de la loi, deux thèmes doivent être privilégiés:

- en cas de travaux publics urgents d'importance nationale, les recours ne doivent plus avoir d'effet suspensif (article NLFA).
- les décisions en matière de marchés publics ne doivent plus pouvoir être portées devant le Tribunal fédéral (cela concerne les marchés publics de la Confédération; les instances cantonales ne sont pas affectées).

Dans le cadre de la présente modification de l'OMP, il faut noter que

- les dispositions de l'OMP continuent de se fonder sur la loi en vigueur (LMP), laquelle n'est pas encore révisée et que
- la présente révision de l'OMP représente une révision partielle. Une révision totale de l'OMP sera réalisée suite à la révision de la LMP.

La révision est entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2010. L'Association PPP Suisse a demandé à prendre la parole de manière informelle dans la procédure de révision de l'ordonnance (une participation à la consultation n'a pas eu lieu par manque de temps). Les demandes de l'Association ont été prises en considération essentiellement dans les points mentionnés au chiffre 3.

2. Appréciation sommaire / Points essentiels

La révision comporte des dispositions afin de moderniser et de rendre la procédure d'adjudication plus flexible:

- réglementation relative à la plateforme électronique de publication (remplacement de la FOSSC par la plateforme simap basée sur Internet)

- possibilité d'appels d'offres fonctionnels: l'objet du marché doit par conséquent être décrit; dans tous les cas, il y a lieu d'indiquer quelles exigences doivent être remplies impérativement pour que les offres soient comparables.
- dialogue dans la procédure d'adjudication (complexité, recherche de solutions novatrices, mais pas de procédure séparée). Les propositions de solutions ou les manières de procéder dans le dialogue entre les soumissionnaires peuvent être perfectionnées à tout moment (les partenaires de dialogue sont sélectionnés par l'autorité selon certains critères communiqués dans les appels d'offres). Dans l'appel d'offres, la teneur essentielle des dialogues doit être définie avec une mention au droit à une indemnité de façon à instaurer la transparence.
- les variantes ne doivent désormais plus être exclues ou limitées qu'à titre exceptionnel. Une variante implique toujours une dérogation matérielle et liée aux prestations par rapport aux conditions d'appel d'offres.
- accélération et simplification de la procédure avec raccourcissement des délais (notamment dans la soumission des offres) et avec la possibilité de remise électronique des offres.
- réglementation plus flexible (ouverture) des prescriptions jusqu'ici plutôt rigides concernant la préimpliquation. Compensation du soumissionnaire préimpliqué, par exemple en transmettant toutes les indications essentielles sur les travaux préliminaires ou les personnes participant à la préparation (la réglementation tient compte de la plus récente jurisprudence).

3. Remarques séparées

Les remarques suivantes se rapportent d'une part à des thèmes concernant les partenariats public-privé et, d'autre part, aux thèmes présentés de manière informelle par l'Association PPP Suisse dans le cadre de la procédure de révision.

3.1. Procédure de gré à gré: précision

Si, lors d'une procédure, l'adjudicateur a déjà procédé à l'adjudication d'une tâche de planification, il pourra ensuite attribuer de gré à gré au lauréat certaines prestations subséquentes qui sont étroitement liées à ce travail. Tel est le cas par exemple des études plus poussées, de la coordination de la mise en œuvre de la planification (par ex. direction des travaux), mais non en revanche de sa phase de réalisation (par ex. travaux de construction).

3.2. Définition de la valeur du marché

S'il s'avère ultérieurement qu'il aurait fallu adopter une procédure d'un échelon supérieur, l'adjudicateur peut poursuivre la procédure choisie à condition d'être en mesure d'établir que l'estimation de la valeur du marché est à la fois plausible et concevable.

Il existe un rapport matériel étroit entre plusieurs prestations dès le moment où il ne serait pas raisonnable de les acquérir l'une sans l'autre (précision). Ceci vaut notamment lorsque les prestations servent le même but, quand il est prévu qu'elles soient exécutées par la même personne ou qu'une dilution des responsabilités n'est pas souhaitable.

3.3. Durée contractuelle en cas de prestations périodiques

Dans certains cas justifiés, un contrat d'une durée supérieure à cinq ans peut être convenu lorsque cette exception est motivée. Une durée prolongée est envisageable si elle paraît de mise et défendable en raison de facteurs économiques (amortissement des frais de procédure ou des investissements).

3.4. Droit à une indemnité pour prestations préalables

Principe: il n'existe aucun droit à des indemnités, par exemple pour l'élaboration d'offres. À titre exceptionnel, une indemnité peut être versée (les modalités doivent être présentées dans les documents d'appel d'offres) si des prestations préalables dépassant le cadre habituel sont exigées, comme lors d'études préliminaires ou de l'élaboration de solutions particulièrement complexes dans le cadre d'un dialogue.

3.5. Rectification des offres

Une rectification ne doit pas entraîner une modification de l'offre mais permettre une comparaison des offres (préparation au niveau tant technique que comptable). Rien n'oblige toutefois à demander des explications manquantes aux soumissionnaires.

Les offres anormalement basses ne doivent pas être éliminées d'office. Les autorités peuvent demander des explications pour s'assurer qu'il n'existe aucun motif d'exclusion. Il convient de tenir compte du principe de la transparence et de l'égalité de traitement.

3.6. Procédure de gré à gré

Désormais, le seuil pour les marchés de services et les marchés de construction est porté à CHF 150 000.

Si des biens et des services sont acquis conjointement, le seuil applicable est de CHF 50 000.