Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

FF 2017
www.droitfederal.admin.ch
La version électronique
signée fait foi

17.020

Message relatif à l'approbation du protocole portant amendement de l'accord sur les marchés publics de l'OMC

du 15 février 2017

Messieurs les Présidents,
Mesdames, Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons le projet d'un arrêté fédéral portant approbation du protocole portant amendement de l'accord sur les marchés publics, en vous proposant de l'adopter.

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

15 février 2017

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Doris Leuthard
Le chancelier de la Confédération, Walter Thurnherr

Condensé

L'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC) contient l'accord sur les marchés publics (AMP) conclu en 1994. L'AMP compte actuellement 47 membres de l'OMC, dont les 28 Etats-membres de l'UE. En 2012, les membres ont adopté à Genève une révision totale de l'AMP. Le Parlement est invité à approuver le protocole relatif à cette révision. Avant de ratifier le protocole, le Conseil fédéral attend que la loi révisée sur les marchés publics (P-LMP) et l'accord intercantonal révisé sur les marchés publics (P-AIMP) soient respectivement adoptés par le Parlement et par l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp).

Contexte

Le Conseil fédéral invite le Parlement à approuver le protocole portant amendement de l'accord sur les marchés publics de 1994 [AMP(1994)] adopté par les membres de l'AMP(1994) le 30 mars 2012 et à autoriser le Conseil fédéral à ratifier le protocole. Le protocole contient le texte révisé de l'AMP(1994) ainsi que les appendices I à IV révisés [AMP(2012)]. Le Conseil fédéral invite aussi le Parlement à prendre acte des décisions du Comité des marchés publics portant sur les notifications et les programmes de travail futurs. L'AMP(2012) a des implications sur les législations sur les marchés publics de la Confédération et des cantons. En vertu de l'art. 55, al. 3, de la Constitution (Cst.)[1]*, l'avis des cantons revêt un poids particulier lorsque leurs compétences sont affectées par des décisions de politique extérieure. A cet égard, la Confédération et les cantons ont coopéré lors de la préparation de la position suisse dans les négociations et se sont régulièrement consultés et informés. Les cantons soutiennent le projet. Avant de ratifier, le Conseil fédéral attend jusqu'à ce que la loi révisée sur les marchés publics (P-LMP) et l'accord intercantonal révisé sur les marchés publics (P-AIMP) aient été respectivement adoptés par le Parlement et par l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp). Toutes les parties sauf la Suisse ont déposé leur instrument de ratification de l'AMP(2012). Ce n'est qu'après l'entrée en vigueur de l'AMP(2012) pour la Suisse que les soumissionnaires suisses pourront faire valoir le droit d'accès aux marchés publics additionnels ouverts en vertu de la révision. Par rapport aux membres de l'AMP(2012), la Suisse reste à ce jour liée par l'AMP(1994).*

L'AMP(2012) est la base juridique du droit international dans le domaine des marchés publics. L'accord bilatéral sur certains aspects des marchés publics entre la Suisse et l'UE est à son tour basé sur les règles de l'AMP. Ce dernier constitue également le jalon de référence pour la négociation des chapitres sur les marchés publics des accords de libre-échange bilatéraux ou régionaux. Les accords conclus depuis 2006 par la Suisse dans le cadre de l'AELE avec le Pérou, la Colombie, le Conseil de Coopération des Etats arabes du Golfe (GCC), l'Ukraine et certains Etats de l'Amérique centrale sont tous basés sur les règles de l'AMP(2012). L'art.

[1] RS **101**

XXII de l'AMP(2012) demande à chaque partie qu'elle assure, au plus tard à la date où l'AMP(2012) entrera en vigueur pour elle, la conformité de ses lois, réglementations et procédures avec les engagements de l'AMP(2012). En Suisse, la transposition de l'AMP(2012) s'effectue par le moyen d'une révision totale des législations fédérale et intercantonale des marchés publics. Le Conseil fédéral et les cantons ont saisi l'occasion de la révision de l'AMP(2012) pour, en plus de l'adaptation des législations suisses sur les marchés publics aux engagements de l'AMP(2012), procéder à une harmonisation des législations fédérale et intercantonale des marchés publics. Cet alignement couvre aussi les marchés qui ne sont pas couverts par le droit international des marchés publics. Le Parlement est de ce fait saisi en parallèle par le présent message ainsi que par le message relatif à la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (P-LMP).

L'AMP(2012) propose au niveau international un cadre juridique modernisé, flexibilisé, simplifié et clarifié pour les législations des marchés publics. La lisibilité et la structure de l'AMP(1994) sont améliorées. A l'instar de l'AMP(1994), l'AMP(2012) exige le respect de la non-discrimination, du traitement national et de la transparence. Il a l'ambition d'assurer un fonctionnement efficace de la concurrence. A cet effet, il encourage le recours accru aux moyens électroniques des soumissions publiques. L'AMP(2012) part du constat que la concurrence ne saurait fonctionner si des conflits d'intérêt et la corruption ne sont pas éradiqués ou combattus. C'est la raison pour laquelle l'AMP(2012) est nouvellement amarré aux conventions internationales de lutte contre la corruption que la Suisse a également ratifiées. L'AMP(2012) renforce la gouvernance des marchés publics au niveau international et améliorera les conditions de concurrence des entreprises suisses dans un grand nombre de pays.

Comme c'est le cas avec l'AMP(1994), c'est la réciprocité dans l'accès au marché et non l'instrument de la nation la plus favorisée (NPF) qui détermine le niveau d'accès aux marchés publics d'un membre. Le Secrétariat de l'OMC a estimé que la valeur de l'accès au marché additionnel créé par l'AMP(2012) se situe entre 80 et 100 milliards de dollars américains par an. Ce volume s'ajoute à un volume d'accès actuel d'environ 1700 milliards de dollars américains qui représente selon les estimations de l'OMC environ 15 % des PIB des membres de l'AMP. En Suisse, la valeur totale des marchés publics est estimée à environ 41 milliards de francs suisses par an. En 2015, la seule valeur des marchés publics de la Confédération et des cantons adjugés au titre de l'AMP(1994) et notifiés à l'OMC se montait à 6,8 milliards de francs suisses, dont environ 3,4 milliards représentent des adjudications de la Confédération. De ce montant de 3,4 milliards, quelque 5 % ont été attribués à des soumissionnaires étrangers, principalement de l'UE et des Etats-Unis. En 2015, 95 % des marchés couverts par l'AMP(1994) et adjugés par la Confédération ont été attribués à des entreprises sises en Suisse.

L'AMP(2012) contient un mandat de négociation dont l'objectif est d'améliorer les règles et le niveau de l'accès au marché dans des domaines qui ne font pas l'objet d'un consensus. Ces domaines sont couverts par des programmes de travail dont la réalisation a débuté avec l'entrée en vigueur de l'AMP(2012). Ces programmes portent sur l'accès des PME, le développement durable, les normes de sécurité dans

les marchés publics internationaux, les restrictions et exclusions et les statistiques. Les membres se sont aussi engagés d'aborder le recours aux partenariats public-privé (PPP), les implications d'une nomenclature commune pour les marchandises et les services et les avantages et inconvénients du recours à des avis normalisés dans les appels d'offres.

Table des matières

Condensé **1900**

1 Présentation de l'accord **1905**

1.1 Introduction 1905

1.2 Cadre de négociation 1906

1.3 Position de la Suisse et phases de la révision de l'AMP(1994) 1907

1.3.1 Aperçu 1907

1.3.2 La phase préparatoire des négociations (1997 à 2005) 1908

1.3.3 La négociation du texte de l'AMP(2012) (2006) 1909

1.3.4 La phase du blocage et le déblocage (2007 à 2009) 1909

1.3.5 La négociation sur l'accès au marché et les discriminations (2009 à 2011) 1910

1.3.6 L'adoption formelle de l'AMP(2012) 1911

1.4 Aperçu global du contenu de l'AMP(2012) 1911

1.4.1 Aperçu relatif au texte de l'AMP(2012) 1912

1.4.2 Accès au marché 1913

1.4.3 Aperçu relatif aux programmes de travail 1915

1.5 Appréciation 1916

1.6 Procédure de consultation 1918

2 Commentaire des dispositions **1918**

2.1 Le texte de l'AMP(2012) 1918

2.2 Besoin d'adaptations du droit national suite à l'adoption de l'AMP(2012) 1943

2.3 Le champ d'application de l'AMP(2012) 1944

2.4 Accès au marché offert par la Suisse au titre de l'AMP(2012) 1945

2.5 Accès au marché offert par les autres parties à l'AMP(2012) 1952

2.6 Besoins d'adaptations des législations suite aux engagements de la Suisse 1954

2.7 Les programmes de travail 1956

3 Mise en œuvre aux plans fédéral et cantonal **1958**

4 Conséquences de l'accord et de l'acte de mise en œuvre **1959**

4.1 Conséquences sur l'accord bilatéral Suisse-UE sur les marchés publics 1959

4.2 Conséquences sur les accords de libre-échange de l'AELE et de la Suisse 1960

4.3 Conséquences pour la Confédération 1960

4.3.1 Conséquences financières 1960

4.3.2 Conséquences sur l'état du personnel 1961

4.4 Conséquences pour les cantons et les communes 1961

4.5 Conséquences économiques 1962
4.6 Conséquences pour l'environnement et le volet social du développement durable 1963

5 Relation avec le programme de législature et avec les stratégies nationales du Conseil fédéral 1963
5.1 Relation avec le programme de la législature 1963
5.2 Relation avec les stratégies nationales du Conseil fédéral 1963

6 Aspects juridiques 1964
6.1 Constitutionnalité 1964
6.2 Compatibilité avec les obligations internationales 1964
6.3 Forme de l'acte à adopter 1964
6.4 Versions linguistiques et publication de l'AMP(2012) 1965
6.5 Entrée en vigueur 1966

Annexe: Décision sur les résultats des négociations au titre de l'art. XXIV:7 de l'Accord sur les marchés publics 1967

Arrêté fédéral relatif à l'approbation du protocole portant amendement de l'accord sur les marchés publics de l'OMC *(Projet)* **2011**

Protocole portant amendement de l'Accord sur les marchés publics 2013

Message

1 Présentation de l'accord

1.1 Introduction

L'accord du 15 avril 1994 instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC)[2] prévoit au nombre de ses accords plurilatéraux énumérés à son annexe 4 l'accord sur les marchés publics (AMP) signé le 15 avril 1994 à Marrakech et entré en vigueur le 1er janvier 1996 (AMP 1994)[3]. L'AMP est un accord plurilatéral puisque à la différence des accords multilatéraux de l'OMC, tous les membres de l'OMC n'en sont pas automatiquement partie. L'AMP compte à ce jour 19 parties comprenant 47 membres de l'OMC, dont 28 Etats-membres de l'UE qui, ensemble, constituent une partie[4]. Les membres de l'AMP sont les Etats-Unis, l'Union Européenne, le Japon, le Canada, la Corée du Sud, Singapour, Hong Kong-Chine, la Norvège, le Liechtenstein, l'Islande, Israël, le Taipei chinois, le Royaume des Pays-Bas pour le compte d'Aruba, l'Arménie, le Monténégro, la Nouvelle-Zélande, la Moldavie, l'Ukraine et la Suisse. Cette couverture géographique limitée illustre le fait que l'ouverture des marchés publics à la concurrence est une préoccupation assez récente de la coopération économique internationale. L'AMP a l'ambition d'instaurer la concurrence internationale entre les soumissionnaires pour que les autorités publiques puissent atteindre le but de l'utilisation optimale des fonds publics lorsqu'elles achètent des biens, des services et des services de construction. L'AMP continue à s'appuyer sur les règles fondamentales du système commercial multilatéral, à savoir la transparence, la non-discrimination et le traitement national.

En accord avec le mandat incorporé dans l'AMP(1994), les parties ont engagé en 1997 des négociations de révision de l'AMP(1994). Ces négociations se sont terminées par l'adoption du protocole portant amendement de l'AMP(1994), le 15 décembre 2011, à l'occasion de la conférence ministérielle de l'OMC. Ce Protocole a été formellement adopté le 30 mars 2012 par le Comité des marchés publics. Le Protocole contient le texte révisé de l'AMP(1994) ainsi que les Appendices I-IV révisés (AMP(2012)). L'AMP(2012) est entré en vigueur le 6 avril 2014, soit après que les deux tiers des parties aient déposé leurs instruments de ratification auprès du Directeur général de l'OMC. Entre-temps, toutes les parties à l'AMP(1994) sauf la Suisse ont déposé leur instrument de ratification. A cet égard il convient de souligner que la Suisse ne s'est pas limitée à transposer l'AMP(2012) mais qu'elle a en même temps entrepris une révision totale des législations des marchés publics aux niveaux de la Confédération et des cantons.

Le Conseil fédéral demande aujourd'hui à l'Assemblée fédérale d'approuver le protocole et de l'autoriser à le ratifier. Il demande également à l'Assemblée fédérale de prendre acte de tous les aspects de la décision des parties à l'AMP du 30 mars 2012 sur les résultats des négociations au titre de l'art. XXIV:7 de l'accord sur les

2 RS **0632.20**
3 RS **0.632.231.422**
4 www.wto.org/> Domaines > Autres domaines > Marchés publics

marchés publics. La décision est intégralement jointe au présent message. Elle contient un appendice 1 et un appendice 2.

L'appendice 1 comprend la décision du Comité des marchés publics sur l'adoption du protocole portant amendement de l'accord sur les marchés publics (le «protocole»). Le protocole comprend une annexe qui inclut le texte révisé de l'AMP(1994) et quatre appendices I à IV. En adoptant le protocole, le préambule, les art. I à XXIV et les appendices de l'AMP(1994) seront abrogés et remplacés par les dispositions énoncées dans l'annexe du protocole. L'AMP(2012) se compose ainsi d'un texte révisé et des quatre appendices I à IV. L'appendice I regroupe les engagements révisés des parties au titre de l'accès au marché. Les appendices II à IV portent sur des informations relatives à la transparence et aux publications des avis de marchés et aux législations nationales.

L'appendice 2 de la décision des parties à l'AMP(1994) du 30 mars 2012 comprend plusieurs décisions du Comité des marchés publics au titre des notifications et de programmes de travail thématiques visant à faciliter les travaux et la révision futurs. Les décisions des membres contenues à l'appendice 2 sont aussi entrées en vigueur le 6 avril 2014 pour les membres ayant ratifié l'AMP(2012) et font partie intégrante du résultat de la négociation de révision. Elles ne sont pas visées par l'arrêté d'approbation soumis à l'Assemblée fédérale, aussi sont-elles jointes uniquement au présent message et ne figurent pas dans l'annexe de l'arrêté.

Toutes les parties à l'AMP(1994) sauf la Suisse ont déposé leur instrument de ratification de l'AMP(2012). Ce n'est qu'après l'entrée en vigueur de l'AMP(2012) pour la Suisse que les soumissionnaires suisses disposeront du droit d'accès aux marchés publics additionnels consécutifs à la révision estimé par l'OMC à environ 80 à 100 milliards de dollars américains par an[5]. Contrairement aux membres de l'AMP(2012), la Suisse reste à ce jour liée par l'AMP(1994).

Après approbation par le Parlement le Conseil fédéral sera autorisé à ratifier le protocole. Le Conseil fédéral attend que la loi révisée sur les marchés publics (P-LMP) et l'accord intercantonal révisé sur les marchés publics (P-AIMP) soient respectivement adoptés par le Parlement et par l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp). L'AMP(2012) entrera en vigueur 30 jours après que la Suisse aura déposé son instrument de ratification auprès du Directeur de l'OMC à Genève.

1.2 Cadre de négociation

Le mandat incorporé dans l'art. XXIV:7 (b) et (c) de l'AMP(1994) invitait les parties à engager, trois ans après l'entrée en vigueur de l'AMP(1994), des négociations avec l'objectif d'atteindre trois buts:

– Améliorer le texte et l'adapter aux progrès des technologies de l'information,

5 The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform, edited by Sue Arrowsmith and Robert D. Anderson, WTO, Cambridge University Press, 2011.

– Etendre la couverture de l'accès au marché entre les parties, et
– Atténuer, voire éliminer les mesures discriminatoires maintenues par des parties.

Ces négociations ont débuté une année après l'entrée en vigueur de l'AMP(1994) et elles se sont terminées le 30 mars 2012 par la décision des membres de l'AMP sur les résultats des négociations au titre de l'art. XXIV:7 de l'AMP. Les objectifs d'amélioration du texte, son adaptation aux progrès des technologies de l'information et l'extension de l'accès au marché ont été atteints conformément au mandat de négociation. De l'avis de la direction des négociations de la Suisse, l'objectif de l'atténuation, voire de l'élimination, des mesures discriminatoires qui subsistent encore dans certaines parties n'a pas été atteint de façon satisfaisante. Pour atteindre cet objectif, les membres de l'AMP se sont engagés à mettre sur pied des programmes de travail thématiques (appendice 2 de la décision du 30 mars 2012).

1.3 Position de la Suisse et phases de la révision de l'AMP(1994)

1.3.1 Aperçu

Les engagements de l'AMP concernent les compétences de la Confédération et des cantons. Conformément à l'art. 55, al. 3, de la Constitution (Cst.)[6] l'avis des cantons revêt un poids particulier lorsque des décisions de politique extérieure affectent leurs compétences. Dans ce contexte, il était important que la participation des cantons à la définition de la position de la Suisse dans les négociations de révision soit assurée. Aussi la position de la Suisse a-t-elle été préparée dès 2005 par un groupe de négociation formé de représentantes et de représentants de la Confédération et des cantons. Pour la prise en compte des intérêts et positions des cantons, le groupe de négociation a pu s'appuyer sur les compétences des organes dirigeants respectifs de la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP) et de la Conférence des gouvernements cantonaux (CdC). Ce groupe a été dirigé par le chef du domaine de prestation Commerce mondial du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) qui était à la fois en charge d'assurer la révision de l'AMP(1994) et la présidence de la Commission Marchés publics Confédération-Cantons (CMCC). Le principal but de la CMCC, créée en 1996 et composée de façon paritaire par les représentants de la Confédération et des cantons, est d'assurer la surveillance de la transposition des engagements du droit international des marchés publics au niveau de la Confédération et des cantons. La CMCC a informé le Conseil fédéral à travers ses rapports annuels. Pour des sujets sensibles, tels que par exemple le niveau des seuils ou la position suisse face aux marchés attribués sous forme de concessions de travaux, la direction de la négociation a consulté les organisations économiques faîtières plus directement concernées, telles que economiesuisse, l'Union Suisse des Arts et Métiers (USAM), constructionsuisse et Swissmem.

6 RS **101**

Les offices fédéraux et les cantons ont été consultés lors de la préparation des propositions au Conseil fédéral. Celui-ci a été saisi à quatre reprises depuis 2006, soit le 1er mars 2006 en prévision du dépôt de l'offre initiale de la Suisse, le 29 octobre 2008 en prévision du dépôt de l'offre révisée de la Suisse, le 17 novembre 2011 pour l'adoption de l'AMP(2012) le 15 décembre 2011 au niveau politique et le 13 mars 2012 en prévision de l'adoption formelle de l'AMP(2012) le 30 mars 2012 à Genève. L'AMP(2012) a par ailleurs été un document de référence pour le Conseil fédéral lors des consultations relatives aux révisions de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP)[7] en 2008[8] et en 2015[9] et lors de la consultation de 2010 relative à la révision de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (OMP)[10]. Le texte de l'AMP(2012) a en effet été adopté le 6 décembre 2006 au niveau des experts et gelé par les parties à l'accord jusqu'à l'aboutissement des négociations sur l'accès au marché le 15 décembre 2011. Ceci explique pourquoi l'AMP(2012) a pu servir déjà depuis 2006 comme base juridique lors des négociations des accords de libre-échange menées par la Suisse notamment dans le cadre de l'AELE. Certains accords sont en vigueur depuis plusieurs années.

Le mandat de négociation de l'AMP(1994) a été réalisé au cours de cinq phases qui reflètent les enjeux et les intérêts des parties et qui sont le miroir des motivations des membres à réaliser les objectifs de la négociation dans des environnements politiques et tactiques toujours en évolution.

1.3.2 La phase préparatoire des négociations (1997 à 2005)

Les négociations se sont engagées en 1997 par l'analyse du texte de l'AMP(1994). Il a notamment été examiné si l'AMP(1994) était adapté aux développements des technologies de l'information et s'il répondait aux besoins effectifs des contribuables, des soumissionnaires et des entités adjudicatrices. Dans un premier temps, ce sont des propositions en vue de l'adaptation du texte de l'AMP qui ont été soumises. Les négociations sur l'accès au marché ont été lancées selon les modalités de négociations adoptées en juillet 2004. Les parties ont alors décidé que chaque membre de l'AMP(1994) formulerait ses requêtes quant à la nature et quant à l'étendue de l'accès au marché additionnel à offrir par les autres parties. En juillet 2005, les parties ont décidé de déposer leurs offres initiales individuelles jusqu'à la fin de 2005, soit en prévision de la Conférence ministérielle de l'OMC de Hong Kong. La position de la Suisse quant au contenu des requêtes à adresser à tous et individuellement à chacun des membres de l'AMP(1994) a fait l'objet d'une consultation du SECO. En plus des acteurs cités au ch. 1.3.1, cette consultation englobait aussi le Tribunal fédéral, le Tribunal pénal fédéral, les Chemins de fer fédéraux (CFF), la Swiss International Airports Association (SIAA), la Société Suisse de

7 RS **172.056.1**
8 www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2008 > DFF
9 www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2015 > DFF
10 RS **172.056.11**

l'Industrie du Gaz et des Eaux (SSIGE), l'Association des entreprises électriques suisses (AES) et Swisselectric.

1.3.3 La négociation du texte de l'AMP(2012) (2006)

Sous la présidence de la République de Corée, les négociations sur le texte de l'AMP(2012) se sont concrétisées et intensifiées en 2006 en parallèle avec celles sur l'accès au marché. Les négociations sur le texte ont fait des progrès substantiels alors que les offres initiales portant sur l'accès au marché ont été progressivement déposées par les membres de l'AMP au Secrétariat de l'OMC. Ces offres ne répondaient pas au niveau d'ambition de toutes les parties. En raison des divergences des membres quant au niveau d'ambition à atteindre dans l'accès au marché, la tenue simultanée de négociations sur l'accès au marché risquait de sérieusement compromettre le déroulement des négociations du texte de l'AMP(2012). Pour éviter un tel scénario, les parties sont convenues en 2006 de se concentrer exclusivement sur le mandat relatif à la révision du texte de l'AMP(1994) et de ne pas s'engager en même temps sur des négociations portant sur l'accès au marché. Cette approche tactique a réussi. Les parties ont adopté le 6 décembre 2006 les art. I à XXI de l'AMP(2012), laissant ouvert l'art. XXII des dispositions finales. C'est le texte du 6 décembre 2006 qui a été adopté par les membres de l'AMP(1994) sous réserve d'un consensus ultérieur sur l'accès au marché. La présidence de la Corée pris fin avec l'adoption du texte provisoire de l'AMP en décembre 2006. Les parties ont confié la présidence du Comité des marchés publics à la Suisse.

1.3.4 La phase du blocage et le déblocage (2007 à 2009)

Les négociations sur l'accès au marché ont repris en 2007 sous la présidence de la Suisse. Les divergences quant aux niveaux d'ambitions dans l'extension de l'accès au marché ont dans un premier temps freiné l'instauration d'une dynamique positive de la négociation. Certaines parties, dont l'UE, la République de Corée, Israël et les pays de l'AELE visaient un champ d'accès substantiellement plus étendu par rapport à l'AMP(1994). D'autres parties, dont les Etats-Unis, le Japon et, dans une première phase, le Canada ont privilégié le consensus de 2006 sur le texte. Ces pays ne voulaient pas étendre le champ de couverture de l'accès au niveau d'ambition de toutes les requêtes de 2005. Ils ont suggéré que les membres terminent les négociations et qu'ils se concentrent sur l'adhésion de nouveaux membres, notamment sur celle de la Chine qui déposa le 27 décembre 2007 sa demande d'adhésion à l'AMP. Les positions se figeaient en 2008 lorsque, en plus du dépôt de quelques offres révisées considérées comme peu ambitieuses, les Etats-Unis ont décidé de réactiver le *Buy American Act* (BAA) incitant les membres de l'AMP à s'interroger sur les effets restrictifs éventuels dans l'accès aux soumissions publiques aux Etats-Unis. Au lieu de se focaliser sur l'extension de l'accès au marché en accord avec le mandat de l'AMP(1994), les discussions se sont concentrées sur la défense des acquis de l'AMP(1994). Un membre a déposé début 2008 une offre révisée avec des clauses de réciprocité qui auraient affecté le niveau d'accès de l'AMP(1994). Les membres

s'engageaient en priorité pour s'assurer que les règles du BAA n'affectent pas le niveau d'accès garanti par l'AMP. Les Etats-Unis assuraient que le BAA contient une disposition en vertu de laquelle les entités et les achats publics de biens et de services couverts par les engagements des Etats-Unis au titre de l'AMP ne sont pas touchés par les mesures restrictives du BAA. En 2009, les Etats-Unis confirmaient que l'accès des membres de l'AMP n'était pas affecté pour ce qui est des marchés couverts par l'AMP, dont notamment ceux couverts dans les 37 des 50 Etats fédérés qui avaient, en 1994, soumis leurs acquisitions aux règles de l'AMP(1994)[11]. La Suisse a suggéré que les Etats-Unis mettent tout en œuvre pour que les entités soumises aux règles de l'AMP soient informées de façon transparente. A l'examen 2009 de la politique commerciale des Etats-Unis les membres ont aussi reçu l'assurance que les marchés couverts au titre de l'AMP n'étaient pas affectés par les mesures du BAA[12]. La situation s'est alors apaisée. Les tensions apparues lors des discussions sur le BAA et les divergences persistantes concernant le niveau d'ambition ont assombri les perspectives d'aboutir à un résultat satisfaisant au titre du mandat de l'art. XXIV:7 (b) et (c) de l'AMP(1994) relatif à l'élimination des mesures discriminatoires. Ce mandat n'avait toujours pas pu être abordé ce qui laissait planer des doutes quant aux solutions que les membres étaient prêts à envisager pour améliorer les perspectives d'accès au marché des PME qui représentent plus de 80 %du tissu industriel en Suisse.

1.3.5 La négociation sur l'accès au marché et les discriminations (2009 à 2011)

La Suisse a présenté le 7 novembre 2008 une offre révisée. Cette offre répondait au niveau d'ambition de la plupart des membres et a été favorablement accueillie par ceux-ci. La Suisse a donc saisi cette occasion pour proposer en 2009 une approche de négociation pour terminer la révision de l'AMP au cours de quatre étapes, adoptées par les parties par la suite:

- La première étape portait sur le texte de l'AMP(2012) et avait été réalisée. Il suffisait de se réjouir du consensus de 2006 des parties en faveur du texte de l'AMP(2012) gelé le 6 décembre 2006 jusqu'à l'aboutissement des négociations sur l'accès au marché.
- La deuxième avait pour objectif d'établir un état des lieux de l'accès au marché (*mid term review*). Cette étape visait à identifier, avec le soutien analytique du Secrétariat de l'OMC, la valeur ajoutée des offres initiales et révisées soumises par les parties au titre de l'accès au marché.
- La troisième étape fut d'encourager les parties à faire un effort substantiel pour améliorer l'accès au marché additionnel identifié au terme de la *mid term review* afin de répondre de façon plus adéquate au niveau d'ambition des requêtes de 2005.

11 American Recovery and Reinvestment Act of 2009, sections 604(k) et 1605(d)
12 WT/Let/672 du 19 mars 2010

– La quatrième étape consistait à proposer une voie pour réaliser le mandat de l'art. XXIV:7(c) de l'AMP(1994) qui invitait les parties à atténuer, voire à éliminer les mesures discriminatoires qui subsistaient encore. Face aux tensions politiques mises en évidence lors de l'examen du BAA, la Suisse a proposé que les membres s'engagent sur la voie de programmes de travail thématiques. Cette solution figure dans l'art. XXII:6 à 8 de l'AMP(2012). En guise d'illustration, la Suisse a soumis en 2009 un programme de travail sur l'accès aux marchés publics des PME qui restent affectées par des mesures restrictives aux Etats-Unis, en Corée, au Japon et au Canada.

Le résident du Comité des marchés publics de l'OMC a élaboré une feuille de route fixant un calendrier aux négociations. La dynamique positive s'est accéléré lorsque les Etats-Unis ont trouvé un accord bilatéral avec le Canada, dont les soumissionnaires étaient considérablement affectés par les restrictions du BAA au niveau des Etats fédérés. Ces Etats n'étaient pas liés par les règles de l'AMP(1994), vu que le Canada ne couvrait pas les provinces canadiennes et que la réciprocité n'existait pas dans l'accès au marché entre les Etats-Unis et le Canada. Pour établir la réciprocité, le Canada offrit alors ses provinces aux Etats-Unis. En 2010, le Canada offrit ses provinces aussi aux autres parties à l'AMP. Cette percée majeure dans l'accès au marché a suscité un effet d'entraînement favorable à l'aboutissement de la révision. Les autres parties ont en effet été incitées à étendre à leur tour l'accès au marché par des offres révisées plus ambitieuses. Elles ont également été motivées à soumettre des programmes de travail pour aborder des aspects non résolus de l'accès aux marchés publics et œuvrer à atteindre un résultat équilibré. L'AMP(2012) a été adopté au plan politique le 15 décembre 2011, à l'occasion de la réunion ministérielle de l'OMC de Genève.

1.3.6 L'adoption formelle de l'AMP(2012)

C'est lors de la réunion formelle du Comité des marchés publics du 30 mars 2012, sous la présidence de la Suisse, que les parties ont formellement adopté l'AMP(2012).

1.4 Aperçu global du contenu de l'AMP(2012)

Suivant le mandat de l'art. XXIV:7(b) et (c) de l'AMP(1994), l'AMP(2012) répond aux deux premières exigences, soit à l'amélioration du texte ainsi qu'à l'extension de l'accès au marché. En ce qui concerne la troisième exigence, soit l'atténuation, voire l'élimination, de mesures discriminatoires, l'AMP(2012) prévoit des programmes de travail thématiques.

1.4.1 Aperçu relatif au texte de l'AMP(2012)

A l'instar de l'AMP(1994), l'AMP(2012) reste un accord plurilatéral, c'est-à-dire un accord qui n'engage que les parties de l'OMC qui y adhèrent formellement. L'AMP(2012) constitue un cadre juridique modernisé, flexibilisé, simplifié et clarifié. La lisibilité et la structure de l'accord se trouvent améliorées. Le texte définit les termes et les principes et délimite le champ de couverture et les exceptions. Il aborde ensuite les procédures, les délais, les moyens de recours et les aspects institutionnels.

La négociation du texte a été influencée par l'évolution du droit des marchés publics de l'UE et en particulier par le contenu de deux directives. Ces directives avaient été adoptées en 2004 à un moment où la négociation du texte de l'AMP(2012) allait entrer dans une phase décisive. Ces directives ont été remplacées le 26 février 2014 par des directives révisées à la lumière de l'AMP(2012) et elles ont été complétées par une nouvelle directive sur les marchés de concessions[13]. L'attribution d'une concession n'était pas couverte par le champ d'application de l'AMP(1994). Elle continue à ne pas être couverte par l'AMP(2012). C'est seulement l'attribution de concessions de travaux qui se trouve explicitement couverte dans les listes d'engagement de certaines parties (chiffre 2.4). Ces directives sont entrées en vigueur le 16 avril 2014. Les membres de l'UE disposaient d'un délai jusqu'au 16 avril 2016 pour les transposer en droit national. Ils disposent jusqu'en septembre 2018 pour la mise en œuvre du traitement électronique des soumissions publiques.

Le fil rouge du texte de l'AMP(2012) et ses principales différences par rapport à l'AMP(1994) sont les suivants:

Comme l'AMP(1994), l'AMP(2012) exige le respect de la non-discrimination, de la transparence et du traitement national. Il traduit l'engagement des parties et de leurs entités d'assurer le fonctionnement efficace des conditions de concurrence dans les achats publics. Il précise la nature des conditions de concurrence à garantir pour assurer un tel fonctionnement. Le préambule de l'AMP(2012) établit qu'en l'absence d'intégrité et de prévisibilité l'objectif de l'utilisation parcimonieuse des fonds publics ne peut pas être atteint. En vue de l'utilisation économique des fonds publics il est considéré qu'un recours accru systématique aux moyens électroniques renforce la transparence et qu'il en résultera une concurrence accrue entre les soumissionnaires. L'AMP(2012) constate que l'amélioration de la transparence ne suffit pas si les conditions de concurrence sont faussées par les conflits d'intérêt et les pratiques frauduleuses telles que la corruption ou les ententes entre les soumissionnaires. C'est la raison pour laquelle l'AMP(2012) a créé une base légale pour prévenir et combattre de telles pratiques renforçant ainsi la gouvernance. L'AMP(2012) se réfère en effet explicitement aux conventions internationales de lutte contre la cor-

13 Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, JO L 094 du 28.3.2014, p. 65;
Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, JO L 094 du 28.3.2014), p. 243;
Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, JO L 094 du 28.3.2014, p. 1.

ruption. La Suisse a ratifié ces conventions[14]. Elle sera en mesure d'adapter également sa législation fédérale et sa législation intercantonale sur les marchés publics.

L'AMP(2012) vise à ce que les parties établissent un cadre international suffisamment flexible au niveau procédural pour que chaque partie puisse tenir compte de sa situation spécifique. Contrairement à l'AMP(1994), l'AMP(2012) prévoit d'autres possibilités que la procédure ouverte, la procédure sélective ou la procédure de gré à gré. Il supprime aussi la condition de l'AMP(1994) en vertu de laquelle la négociation, au cas où les législations internes autorisent les entités à mener des négociations, doit se limiter à identifier les avantages et les faiblesses des offres des soumissionnaires. Cette suppression permet au législateur national d'envisager des façons spécifiques de procéder, tels que par exemple un dialogue entre une entité et des soumissionnaires.

L'AMP(2012) encourage le traitement électronique des soumissions publiques et soutient cet encouragement par une flexibilisation des règles sur les délais qui sont adaptés au niveau du traitement électronique. L'AMP(2012) prévoit aussi que les entités peuvent recourir à des enchères électroniques. L'AMP(1994) ne pouvait pas encore prévoir de base juridique pour cet instrument de l'évaluation des offres.

L'AMP(2012) prévoit dans deux dispositions la possibilité de réaliser, sous condition que les parties et entités respectent la non-discrimination et l'engagement de ne pas recourir au protectionnisme, des objectifs environnementaux. Il s'agit là comme dans le cas de la lutte contre la corruption d'une contribution au renforcement de la gouvernance, qui est une caractéristique majeure de la révision de l'AMP(1994).

Par rapport à l'AMP(1994), l'AMP(2012) contient des bases juridiques nouvelles pour faciliter l'adhésion de nouveaux membres, surtout en développement. Il prévoit notamment des régimes de transition et de progressivité qui permettent à un nouveau membre de maintenir pendant une certaine période des régimes proscrits sous l'AMP(1994) et sous l'AMP(2012), tels que par exemple les opérations de compensation (*offsets*).

L'AMP(2012) prévoit une procédure revisitée et clarifiée qui s'applique lorsqu'une partie souhaite notifier une modification du champ d'application des marchés couverts. Le régime devrait faciliter le traitement des notifications des parties visant l'exemption d'entreprises publiques qui accomplissent des activités sectorielles.

1.4.2 Accès au marché

Les engagements de l'AMP(2012) ont force de loi si la valeur d'un marché atteint les valeurs des seuils fixés par l'AMP(2012). Il n'y a là pas de changement par rapport à l'AMP(1994). Pour les marchés dont la valeur se situe en dessous des seuils, ce sont les législations nationales sur les marchés publics qui déterminent le

[14] Convention des Nations Unies du 31 octobre 2003 contre la corruption (RS **0.311.56**); Convention de l'OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (RS **0.311.21**); Convention pénale du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1999 sur la corruption (RS **0.311.55**).

régime juridique. L'AMP ne prévoit pas de réserve, comme c'est le cas pour l'Accord bilatéral du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et l'Union Européenne sur certains aspects des marchés publics[15] (accord bilatéral Suisse-UE). Ce dernier demande, à l'art. 6, al. 3, aux parties d'engager leurs entités adjudicatrices à ne pas discriminer les soumissionnaires de l'autre partie pour les marchés dont la valeur se situe en dessous de la valeur des seuils. La révision n'est pas parvenue à harmoniser les seuils applicables aux parties car il n'existe à ce jour pas de consensus entre les membres. Dans ces conditions et comme l'AMP(1994), l'AMP(2012) prévoit des seuils différents selon les parties. Au cours de la révision, aucun seuil n'a été augmenté. Au contraire, quatre pays ont réduit le niveau de certains de leurs seuils en dessous des seuils admis par l'AMP (chiffre 2.5). Parmi ces pays figurent le Japon qui, comme la Corée, continue d'appliquer des seuils relativement élevés pour les marchés de construction. Pour la Suisse, l'AMP(2012) ne prévoit pas de nouveaux seuils par rapport à ceux de l'AMP(1994).

Comme c'est le cas avec l'AMP(1994) pour l'accès au marché, c'est la réciprocité et non pas l'instrument de la nation la plus favorisée (NPF) qui détermine l'étendue du champ d'application de l'AMP(2012). Au-delà des seuils, l'étendue de l'accès au marché d'une partie est déterminée par le nombre d'entités adjudicatrices soumises et l'importance des achats effectués par ces entités ainsi que par le volume et la nature des biens, des services et des services de construction offerts par le biais des listes d'engagements regroupées dans l'Appendice I des parties. Le Secrétariat de l'OMC a estimé que la valeur de l'accès au marché additionnel créé par l'AMP(2012) se situe entre 80 et 100 milliards de dollars américains par an[16]. Ce volume s'ajoute à un volume d'accès actuel d'environ 1700 milliards de dollars américains qui représente, selon les estimations de l'OMC, environ 15 % des PIB des membres de l'AMP[17]. En Suisse, la valeur totale des marchés publics est estimée à environ 41 milliards de francs suisses[18] par an. Ce chiffre comprend l'ensemble des marchés soumis ou non au droit international et ceci à tous les niveaux (Confédération environ 20 %, cantons et communes environ 80 %). En 2015, la seule valeur des marchés publics de la Confédération et des cantons adjugés au titre de l'AMP(1994) et notifiés à l'OMC se montait à 6,8 milliards de francs. De ce montant, environ 3,4 milliards de francs correspondent à des adjudications de la Confédération. Quelque 5 % de ces 3,4 milliards ont été attribués à des soumissionnaires étrangers, principalement de l'UE et des Etats-Unis. En 2015, 95 % des marchés couverts par l'AMP(1994) et adjugés par la Confédération ont été attribués à des entreprises sises en Suisse.

Ces estimations sont à mettre en relation avec l'intérêt économique des entreprises suisses à disposer d'un accès non discriminatoire aux marchés publics dans le monde. Ces activités génèrent en Suisse des emplois et de la croissance économique. Elles touchent une grande diversité d'entreprises et de soumissionnaires actifs dans

15 RS **0.172.052.68**
16 The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform, edited by Sue Arrowsmith and Robert D. Anderson, WTO, Cambridge University Press, 2011.
17 https://www.wto.org/> domaines > autres domaines > marches publics
18 Voir Stöckli Hubert/Beyeler Martin, Das Vergaberecht der Schweiz, 9. Auflage, Zürich 2014. Contribution du professeur Hubert Stöckli «Die Rechtsquellen im Wandel», note en bas de page 3, page 3.

la construction de matériel ferroviaire, de matériel de transports urbains, la fourniture de services d'architecture et des ingénieurs, la construction de ponts, les ascenseurs, les tapis roulants dans les aéroports, la construction de machines de nettoyage et de désinfection des rues des villes, la recherche et l'innovation, la production de produits pharmaceutiques pour couvrir les besoins des entités de la santé publique, etc.

Les accès additionnels issus de la révision de l'AMP(1994) se situent principalement dans les domaines suivants:

- les seuils pour certains marchés sont réduits dans quatre pays ce qui augmente le nombre des marchés soumis à l'AMP(2012) (Japon, Corée, Israël, Aruba);
- environ 100 nouvelles entités contractantes sont couvertes;
- les services de construction sont soumis à l'accord par toutes les parties;
- les concessions de travaux sont soumises par certaines parties (UE, Corée);
- les acquisitions des provinces du Canada sont soumises à l'AMP(2012);
- les acquisitions de cinq villes japonaises (environ 5,7 millions d'habitants) sont soumises;
- 50 nouveaux services, dont les services de télécommunication offerts par 9 parties sont soumis;
- le secteur ferroviaire de l'UE est soumis;
- les marchés des transports urbains en République de Corée et en Israël sont soumis.
- Israël s'est engagé à éliminer progressivement son régime des marchés de compensation (*offsets*).

1.4.3 Aperçu relatif aux programmes de travail

Le mandat de l'art. XXIV:7(b) et (c) de l'AMP(1994) qui demande aux parties d'atténuer et si possible d'éliminer les mesures discriminatoires dispersées dans les listes d'engagement de plusieurs parties n'a pas été réalisé de façon satisfaisante. Les membres ont alors trouvé un compromis en faveur des programmes de travail thématiques énumérés dans l'appendice 2 de la décision du 30 mars 2012 des membres de l'AMP(1994) (cf. Annexe au présent message et ch.2.7). La raison d'être des programmes de travail thématiques incorporés à l'art. XXII:8 de l'AMP(2012) est en effet de répondre au mandat intégré dans l'AMP(1994) sur la base d'objectifs clarifiés et sans contrainte de temps. Ces programmes doivent être réalisés dans le cadre du *standstill* prévu à l'art. XXII:6. Leur exécution se situe dans la perspective de la réalisation du mandat de révision de l'AMP(2012) prévu à l'art. XXII:7.

Le programme de travail sur les PME proposé par la Suisse vise à illustrer la manière dont le mandat de négociation de l'art. XXIV:7(b) et (c) de l'AMP(1994) peut

être réalisé lorsque les conditions politiques d'une suppression d'une mesure ne sont pas réunies. Les parties ont élaboré et proposé d'autres programmes qui sont cités dans l'art. XXII:8(a) de l'AMP(2012). Ces programmes portent sur les exclusions et les restrictions maintenues par des parties, sur les normes de sécurité, en particulier celles qui limitent l'accès aux marchés publics des infrastructures de transports, sur l'établissement de données statistiques et sur la portée du concept de «marchés publics durables». A l'art. XXII:8(b), les membres se sont engagés à aborder les partenariats public-privé (PPP), les implications d'une nomenclature commune pour les marchandises et les services et les avantages et les inconvénients de l'élaboration d'avis de marché normalisés.

Les programmes de travail thématiques doivent déboucher sur des résultats dans deux domaines. Il s'agit d'abord de faciliter la mise en œuvre des engagements découlant du mandat de l'AMP(1994) dans des secteurs où des parties appliquent des législations nationales qui limitent l'accès au marché des soumissionnaires des autres parties. Il s'agit ensuite de préparer la révision de l'AMP(2012) dans des domaines qui ne font pas l'objet d'un consensus entre les membres de l'AMP ou pour lesquels il existe un besoin de clarification additionnel. C'est notamment le cas pour la prise en compte des aspects environnementaux et pour le volet social du concept de développement durable. La mise en œuvre des programmes de travail pourra aboutir ultérieurement à l'adoption de normes internationales contraignantes. Il est également possible que des recommandations, inspirées par exemple des bonnes pratiques des parties, soient élaborées.

1.5 Appréciation

Toutes les parties ont fait des efforts pour améliorer le texte de l'AMP(1994) tout en renforçant la gouvernance internationale des marchés publics, étendre l'accès au marché et s'attaquer à l'atténuation, voire l'élimination des discriminations qui subsistent. Ces efforts ont notamment les répercussions suivantes pour les contribuables, les soumissionnaires et les entités adjudicatrices:

- Avec le renforcement de la lutte contre les pratiques frauduleuses, notamment la corruption, et les conflits d'intérêt et avec l'amélioration de la transparence qui résulte de la prise en compte du développement de technologies électroniques, le fonctionnement de la concurrence se trouve revitalisé. L'amélioration des systèmes de passation des marchés publics contribue ainsi à soutenir la réalisation de l'objectif économique d'une gestion parcimonieuse des ressources publiques.
- La clarification, la modernisation, le renforcement et la flexibilisation du texte renforcent la sécurité du droit international des marchés publics. Les législateurs nationaux peuvent s'appuyer sur un cadre juridique international clarifié et adapté aux besoins des marchés publics pour renforcer, adapter et compléter les législations nationales. L'AMP(2012) vise notamment à flexibiliser les procédures afin que la situation spécifique de chaque partie puisse être prise en considération.

- L'AMP(2012) s'adresse tantôt aux parties contractantes, tantôt directement aux entités adjudicatrices, tantôt aux deux à la fois. Il contient des règles contraignantes que les parties sont tenues de transposer dans leurs législations nationales. Dans les domaines concernés, l'AMP(2012) contribue *de facto* à l'harmonisation des régimes des marchés publics sur le territoire des membres de l'AMP. Il contient aussi des règles facultatives que les parties peuvent transposer si elles le jugent utile. La transposition des règles facultatives dans le cadre de la révision totale aboutit sur le plan suisse à une harmonisation supplémentaire des législations des marchés publics de la Confédération et des cantons. La transparence et la sécurité du droit ainsi renforcées au plan national et international amélioreront les conditions d'accès des firmes suisses au marché.
- L'extension additionnelle de l'accès au marché offre aux entreprises suisses un potentiel d'accès supplémentaire dès que l'AMP(2012) entrera en vigueur pour la Suisse. Elle doit être appréciée sous l'aspect de son effet sur la création d'activités économiques et d'emplois.
- La portée de l'AMP(2012) dépasse les frontières des 47 membres actuels. Il est en effet le modèle de référence pour les négociations des chapitres sur les marchés publics que la Suisse mène dans le cadre de l'Association Européenne de libre-échange (AELE) ou au plan bilatéral avec des partenaires qui ne sont pas des parties à l'AMP. Le Parlement a adopté plusieurs accords de libre-échange qui contiennent déjà des chapitres sur les marchés publics basés sur les normes de l'AMP(2012). C'est notamment le cas des accords conclus avec le Pérou et la Colombie, le Conseil de Coopération des Etats arabes du Golfe (CCG), l'Ukraine, les pays d'Amérique centrale (Panama, Costa Rica, Guatemala)[19]. Les règles de l'AMP(2012) ont d'ailleurs été intégrées dans le *Trans Pacific Partnership Agreement* (TPPA) ce qui devrait davantage faciliter la négociation future d'accords axés sur l'accès au marché et basés sur l'AMP(2012). De telles perspectives améliorent les perspectives d'accès et d'activités des soumissionnaires suisses sur les marchés d'Etats qui ne sont pas membres de l'AMP. La sécurité du droit va se renforcer au-delà des frontières des pays de l'AMP(2012).
- L'AMP(2012) permettra d'envisager les futures négociations d'accession avec des mécanismes de transition flexibilisé. Ceci rendra possible l'intégration de nouveaux membres et l'extension géographique de l'AMP. Le potentiel d'accès au marché offert aux soumissionnaires suisses à l'étranger s'en trouve amélioré.
- Enfin, les travaux déjà bien avancés dans le cadre des programmes de travail thématiques contribueront à réduire les obstacles à l'accès au marché qui subsistent et à clarifier et à renforcer le droit international des marchés publics dans différents domaines, tels que le développement durable, ou l'accès au marché des PME.

19 Colombie (RS **0.632.311.911**), Pérou (RS **632.316.411**), CCG (RS **0.632.311.491**), Ukraine (RS **0.632.316.891.1**), Amérique centrale (RS **0.632.312.851**)

1.6 Procédure de consultation

La loi du 18 mars 2005 sur la consultation (LCo)[20] prévoit à l'art. 3*a*, al. 1, let. b qu'il est possible de renoncer à une procédure de consultation lorsqu'aucune information nouvelle n'est à attendre du fait que les positions des milieux intéressés sont connues, notamment parce que l'objet dont traite le projet a déjà été mis en consultation précédemment. Dans le cas présent, il s'agit de l'acceptation, par la Suisse, de la version révisée de l'accord sur les marchés publics dont elle est partie depuis 1994. L'AMP(2012) et les engagements pris au titre de l'accès au marché étaient un élément intégral de la consultation engagée par le Département fédéral des Finances (DFF) en relation avec la révision totale du droit fédéral des marchés publics. La procédure de consultation relative à la révision du droit fédéral des marchés public a duré du 1er avril au 1er juillet 2015. Elle a généré 109 prises de position et 48 questionnaires dûment complétés[21]. Au niveau des cantons, la consultation a duré du 22 septembre au 19 décembre 2014[22]. Tous les cantons et 58 organisations et particuliers y ont participé. Dans le cadre de ces deux consultations, l'AMP(2012) a été unanimement accepté.

2 Commentaire des dispositions

Ce chapitre présente les dispositions de l'AMP(2012) qui portent sur le texte, sur l'accès au marché et sur les programmes de travail futurs.

2.1 Le texte de l'AMP(2012)

L'ambition de l'AMP(2012) est d'assurer le bon fonctionnement de la concurrence entre les soumissionnaires pour atteindre le but d'une utilisation parcimonieuse des fonds publics. Les instruments de l'AMP(1994) – la non-discrimination, le traitement national et la transparence – restent applicables. Ces instruments sont complétés par des règles qui favorisent la gestion électronique des marchés et par des règles qui renforcent la gouvernance. Celles-ci portent sur la lutte contre les conflits d'intérêt et les pratiques frauduleuses (corruption, ententes entre soumissionnaires, etc.).

L'AMP(2012) contient des règles contraignantes, qui ne laissent guère de marge d'interprétation au législateur national (ch. 2.2, tableau I). Il prévoit aussi des règles assorties de flexibilité, qui laissent au législateur national une certaine marge d'appréciation dans la transposition (régime des enchères électroniques, principe et

20 RS **172.061**

21 Les documents de la consultation et le rapport sur les résultats de la consultation peuvent être téléchargés sur www. admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2015 > DFF.

22 Les documents de la consultation et le rapport sur les résultats de la consultation peuvent être téléchargés sur www.dtap.ch > Concordats > AIMP > P-AIMP.

étendue de la négociation, nature des procédures des marchés publics, exclusions, choix des critères d'évaluation, délais, etc.).

Préambule

Le préambule a été enrichi par des objectifs économiques et des objectifs de gouvernance qui visent à assurer le meilleur fonctionnement de la concurrence et la garantie de l'impartialité dans les achats publics:

- reconnaissance par les parties qu'une gestion parcimonieuse des fonds publics exige que les systèmes de passation de marchés publics soient cohérents et prévisibles;
- flexibilisation des procédures afin que les situations spécifiques des parties puissent être prises considération;
- nécessité «que les marchés soient passés d'une manière transparente et impartiale, et que les conflits d'intérêts et les pratiques frauduleuses soient évités, conformément aux instruments internationaux applicables, tels que la Convention des Nations Unies du 31 octobre 2003 contre la corruption», ratifiée par la Suisse le 24 septembre 2009[23].
- encouragement de l'utilisation des moyens électroniques de passation des marchés.

La Suisse a suggéré d'amarrer l'AMP(2012) à la Convention de l'OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales[24], signée en 1997. Vu que les parties à l'AMP ne sont pas toutes membres de l'OCDE, le préambule de l'AMP(2012) ne pouvait pas mentionner explicitement la convention de l'OCDE. L'AMP(2012) se réfère implicitement à la convention de l'OCDE. Cette mention est reflétée par l'expression «instruments internationaux applicables, tels que la Convention des Nations Unies contre la corruption».

Art. I Définitions

Cet article énumère les principaux termes représentatifs des législations sur les marchés publics et en définit la portée. Dans l'AMP(1994), les termes ne sont pas tous définis et lorsque c'est le cas, les définitions se trouvent dispersées dans le corps des articles, parfois de façon répétitive, par exemple le terme «mesure».

Art. II Portée et champ d'application

Cet article définit le champ d'application de l'AMP(2012). L'étendue du champ est définie par la notion nouvelle de «marché couvert». Le «marché couvert» englobe à la fois les entités adjudicatrices, soit le champ subjectif de couverture, et les acquisitions de biens et de services soumises à l'AMP(2012), soit le champ objectif de couverture. L'étendue d'un «marché couvert» pour un membre particulier est donc

23 RS **0.311.56**
24 RS **0.311.21**

définie par le degré de volonté de la partie à soumettre des entités, des biens et des services aux règles des marchés publics. Le «marché couvert» d'une partie résulte du contenu de sa liste des engagements regroupés dans sept annexes de l'appendice I de l'AMP(2012). Il faut en déduire que ce qui n'est pas explicitement énuméré dans l'appendice I d'une partie n'est pas un «marché couvert» au sens de l'AMP(2012).

L'art. II:2(a)(ii) clarifie en plus que l'AMP(2012) s'applique aux achats publics et que la notion de «marché couvert» concerne les marchés qui portent sur des achats de biens et de services, y compris les services de construction, qui ne sont pas destinés à la vente ou à la revente dans le commerce. Cette précision de l'art. II:2(a) (ii) vise à clarifier que les activités d'achats de marchandises et de services destinés à la revente ne sont pas couverts par l'AMP(2012) mais par l'Accord général du 30 octobre 1947 sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT)[25] (accord du GATT, art. III:8(a)) et par l'Accord Général du 15 avril 1994 sur le commerce des services (AGCS)[26] de l'OMC (art. XIII:1). L'art. II:2(a)(ii) de l'AMP(2012) établit ainsi le lien entre les exclusions opérées au titre de l'art. III:8 de l'accord du GATT[27] et de l'art. XIII:1 de l'AGCS[28]. Dans l'AMP(1994) on trouve une clarification symétrique dans l'annexe 2 qui concerne les entités adjudicatrices des cantons soumises à l'AMP mais pas une codification dans le texte qui s'applique à toutes les parties à l'AMP. Cette lacune a été comblée par l'AMP(2012).

L'AMP(2012) énumère à l'art. II:3 les activités qui ne sont pas couvertes. Dans l'AMP(1994), c'est l'art. I qui se limitait à prévoir, sous forme d'une note de bas de page, l'exclusion spécifique relative à l'aide liée. Les marchés non couverts par l'AMP(1994) se trouvaient surtout dispersés dans les listes d'engagements de chacune des parties. Avec l'AMP(2012), l'art. II:3 regroupe et généralise ces exclusions qui sont maintenant applicables à toutes les parties. Ceci améliore la transparence quant au champ de couverture mais il en résulte aussi une certaine multilatéralisation de certaines exceptions jusqu'ici restées individuelles. Pour éviter que la liste des exceptions de l'art. II:3 reste figée *sine die*, la Suisse a suggéré que les parties gardent la possibilité, si elles jugeaient utiles d'ouvrir des marchés particuliers sur base de réciprocité, de soumettre des activités exemptées. La Suisse a pensé à la coopération au développement qui reste exclue du champ de couverture en vertu de l'art. II:3(e). La motivation consistait à prévoir pour les fournisseurs suisses qu'ils puissent soumissionner dans le cadre de projets de développement d'une autre partie. La condition est naturellement que la Suisse et l'autre partie trouvent entre elles un accord pour garantir l'accès mutuel sur base de réciprocité. Les membres ont approuvé cette proposition qui est reflétée par la formulation «À moins que les annexes

25 RS **0.632.21**
26 RS **0.632.20** (annexe II.1B)
27 L'art. III:8(a) de l'accord du GATT prévoit que les dispositions de l'accord «ne s'appliqueront pas aux lois, règlements et prescriptions régissant l'acquisition, par des organes gouvernementaux, de produits achetés pour les besoins des pouvoirs publics et non pas pour être revendus dans le commerce ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce».
28 L'art. XIII:1 de l'AGCS prévoit que «les articles II, XVI et XVII ne s'appliqueront pas aux lois, réglementations ou prescriptions régissant l'acquisition, par des organes gouvernementaux, de services achetés pour les besoins des pouvoirs publics et non pas pour être revendus dans le commerce ou pour servir à la fourniture de services destinés à la vente dans le commerce».

de l'Appendice I concernant une partie n'en disposent autrement, le présent accord ne s'applique pas...» de l'art. II:3. L'AMP(2012) n'est donc pas un obstacle à la conclusion d'accords bilatéraux éventuels pour permettre la participation des soumissionnaires suisses aux marchés adjugés dans le cadre de la coopération au développement.

A l'instar de l'art. I:2 de l'AMP(1994), l'art. II:2(b) de l'AMP(2012) couvre les marchés passés par tout moyen contractuel, tels que l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente. L'AMP(2012) ne s'applique pas aux accords non contractuels au sens des exclusions de l'art. II:3(b), qui s'étendent à toute forme d'aide qu'une partie fournit, y compris les accords de coopération, les dons, les prêts, les participations au capital social, les garanties et les incitations fiscales.

Parmi les exclusions figurent à l'art. II:3(d)) les «contrats d'emploi public». Sous l'AMP(1994), la Suisse avait exclu ces marchés dans sa liste d'engagement des services (note 4 de l'annexe 4 de l'appendice 1 de l'AMP(1994)). Les Etats-Unis avaient d'abord proposé la formule «emploi d'employés gouvernementaux». Les parties ont estimé que le terme «gouvernementaux» met trop l'accent sur le gouvernement central. La notion de «contrats d'emploi public» est une formule de compromis qui veut dire que l'engagement de personnel par les entités couvertes est exclu du champ d'application de l'AMP(2012).

Pour déterminer si un marché public est couvert par l'AMP(2012), une entité doit estimer la valeur du marché. Dans cette perspective, l'AMP(2012) reprend à son art. II:6 la règle de l'évaluation de la valeur d'un marché prévue dans l'art. II:1 de l'AMP(1994). En vertu de ces exigences contraignantes, l'entité adjudicatrice ne doit pas fractionner un marché en marchés distincts ou appliquer une méthode d'évaluation de la valeur d'un marché dans l'intention de l'exclure en totalité ou en partie de l'application de l'AMP(2012). L'entité doit aussi tenir compte de toutes les rémunérations. Il s'agit là d'un acquis fondamental du droit international des marchés publics qui est directement lié à l'accès aux marchés mondiaux.

L'AMP(2012) reconnaît à l'art. II:6(b)(ii) la légitimité de recourir à des contrats prévoyant des options pour autoriser à une entité de faire, en aval de l'achat initial et sous certaines conditions, des achats additionnels à des dates ultérieures. Cette possibilité était prévue à l'art. II:6 de l'AMP(1994). Dans l'estimation de la valeur du marché, l'entité doit inclure la valeur totale des options prévues. Cette disposition peut, en relation avec celle prévue à l'art. IV:4 de l'AMP(2012), servir de base juridique pour les règles applicables à l'instrument des contrats-cadres que l'AMP(1994) et l'AMP(2012) n'ont pas prévu de définir.

Comme ce fut déjà le cas avec l'AMP(1994), l'AMP(2012) reconnaît à l'art. II:7 la légitimité de recourir à des prestations sous la forme de «contrats successifs». Si une entité prévoit d'adjuger un marché sous la forme de «contrats successifs», elle doit, vu l'exigence de l'art. II:6 de l'AMP(2012), saisir la valeur totale de ces marchés successifs et appliquer la méthode d'évaluation prévue à l'art. II:7(a) et (b). Cette méthode figurait à l'art. II:4 de l'AMP(1994). Pour les marchés définis à l'art. II:8 de l'AMP(2012) qui ne prévoient pas un prix total, l'entité adjudicatrice doit appliquer la méthode d'évaluation du marché figurant à l'art. II:8(a) si le marché est de durée déterminée. Lorsqu'un contrat est de durée indéterminée, l'entité doit appli-

quer la méthode d'évaluation qui est prévue à l'art. II:8(b). Cette méthode d'évaluation figurait déjà à l'art. II:5 de l'AMP(1994).

Art. III Exceptions concernant la sécurité et exceptions générales

L'art. III de l'AMP(2012) fixent les exceptions au titre de la sécurité et les exceptions générales qui permettent à une partie de ne pas appliquer les règles de l'AMP(2012). Ces exceptions sont identiques à celles de l'art. XXIII de l'AMP(1994) car les parties n'étaient pas prêtes à élargir ou à restreindre le régime d'exceptions de 1994. L'art. III:1 porte sur les achats de la défense nationale. Une partie peut entreprendre une action ou ne pas divulguer des renseignements si elle l'estime nécessaire à la protection d'intérêts essentiels touchant sa sécurité, se rapportant aux marchés d'armes, de munitions et de matériel de guerre ou aux marchés indispensables à la sécurité nationale ou à la défense nationale. L'article III:2 porte sur les exceptions générales. A condition de ne pas discriminer arbitrairement ou de façon injustifiable des fournisseurs, une partie peut instituer ou appliquer des mesures pour protéger la moralité publique, l'ordre public et la sécurité publique, la vie et la santé des êtres humains, des animaux et des végétaux et la propriété intellectuelle ainsi que pour gérer les biens produits ou les services fournis par des personnes handicapées, des institutions philanthropiques ou des détenus.

La notion «d'intérêt essentiel» vise à éviter qu'une partie fasse un recours abusif au régime d'exception de l'AMP. Les membres disposent néanmoins d'une flexibilité appropriée pour appliquer cette disposition. Aucun panel n'a jusqu'ici été instauré à l'OMC pour remettre en cause l'application du régime d'exception de l'AMP par une partie particulière.

Art. IV Principes généraux

L'art. IV de l'AMP(2012) regroupe un certain nombre de principes et instruments essentiels pour la gestion des marchés publics. L'AMP(1994) abordait ces aspects dans des articles séparés.

Comme prévu à l'art. III de l'AMP(1994), les principes de non-discrimination et du traitement national de l'art. IV:1-2 constituent la colonne vertébrale systémique de l'AMP(2012).

L'art. IV:3 de l'AMP(2012) prévoit des règles inédites relatives à la passation des marchés électroniques. Elles portent sur l'authentification, le cryptage et les exigences de compatibilité des systèmes électroniques.

L'AMP(2012) contient à l'art. IV:4 une disposition qui exige des entités contractantes une passation de marchés transparente et impartiale. La lutte contre les conflits d'intérêts et les pratiques frauduleuses telles que la corruption a été érigée en principe dans l'AMP(2012). De telles exigences, absentes de l'AMP(1994), renforcent de façon significative la gouvernance de l'AMP et du système multilatéral des échanges de l'OMC. Cette règle est à mettre en relation avec le préambule, qui porte explicitement sur la lutte contre les conflits d'intérêts et la corruption.

L'art. IV:4 contient une flexibilisation par rapport à l'AMP(1994) au sens qu'une passation de marchés, en plus de s'effectuer sur la base de l'une des trois procédures

de l'AMP(1994), (procédure ouverte, sélective ou de gré à gré), peut être complétée par une approche additionnelle. Cette flexibilisation a été introduite à l'art. IV:4 par le bais de l'expression «tel que». Ainsi, l'AMP(2012) autorise des procédures de passation de marchés ne répondant pas à la définition étroite des procédures de l'AMP(1994), pour autant qu'elles soient transparentes et impartiales. Les parties disposent d'une base juridique internationale pour flexibiliser leurs procédures de passation des marchés. Une partie peut ainsi prévoir dans sa législation la possibilité que ses entités adjudicatrices peuvent, dans le cadre d'une procédure ouverte ou sélective et lorsqu'il s'agit de marchés complexes ou de l'acquisition de prestations innovantes, mener un dialogue en vue de concrétiser la portée de la prestation et de définir des pistes ou des approches. Cette flexibilisation additionnelle découle du fait que l'art. XII de l'AMP(2012) est assoupli par rapport aux exigences de l'AMP(1994).

Les règles de l'art. IV de l'AMP(1994), qui interdisent les opérations de compensation (*offsets*) et celles de l'art. XVI de l'AMP(1994), qui exigent l'application non divergente des règles d'origine sont regroupées dans l'art. IV:5 et dans l'art. IV:6 de l'AMP(2012). Elles restent donc valables. Comme ce fut le cas jusqu'ici sous le régime de l'AMP(1994), les *offsets* pratiqués en liaison avec les marchés des armes, de munitions et de matériels de guerre n'ont pas été abordés ou remis en cause au cours de la révision de l'AMP(1994) ni dans le texte de l'AMP(2012).

Art. V Pays en développement

L'art. V de l'AMP(2012) est essentiel dans la perspective de la clarification des conditions de l'élargissement géographique de l'AMP. Par rapport à l'art. V de l'AMP(1994), l'art. V de l'AMP(2012) clarifie les conditions de l'accès de futurs membres qui sont des pays en développement (PED) et renforce de façon notoire le volet des relations avec les futurs membres. L'art. V:3 de l'AMP(2012) reconnaît la légitimité, pour les PED et leurs besoins de développement, de pouvoir adopter ou maintenir, pendant une période de transition assortie d'un calendrier, des mesures telles que les préférences de prix, des seuils plus élevés, des opérations de compensation ou la progressivité dans l'inclusion des entités couvertes. L'AMP(2012) exige la transparence quant au calendrier de l'élimination des mesures transitoires. Le calendrier et les mesures à éliminer doivent en effet figurer dans les annexes pertinentes de l'appendice I (art. V:3). L'art. V:4, fixe l'horizon temporel de l'application différée des dispositions de l'AMP(2012) dans le cas de PED qui accèdent à l'AMP(2012). Cette flexibilité est limitée à cinq ans pour les pays les moins avancés et à trois ans pour les autres PED. L'AMP(1994) ne fixe pas d'horizon temps. À la demande d'un PED, le comité pourra prolonger une période de transition ou une période de mise en œuvre préalablement négociée (art. V:6). Ces conditions sont toutefois plus contraignantes et transparentes que celles prévues à l'art. V:5 de l'AMP(1994)

Les membres s'attendent à ce que le régime clarifié de l'art. V facilitera l'élargissement géographique de l'AMP(2012). L'art. V a une portée pour la Suisse. L'accès facilité élargira les perspectives d'accès aux marchés pour les soumissionnaires suisses. L'art. V est aussi le jalon de référence pour la négociation de certains accords de libre-échange entre l'AELE et les pays tiers. Il a récemment été appliqué

dans les négociations du TPPA et il a sans doute facilité l'adhésion de certains pays asiatiques non-membres de l'AMP au TPPA. La portée effective de l'art. V dépasse donc les frontières des membres de l'AMP.

Art. VI Renseignements sur le système de passation des marchés

L'art. VI de l'AMP(2012) définit le champ des renseignements sur le système de passation des marchés qu'une partie doit fournir. Il établit les règles que les entités ont l'obligation d'appliquer pour garantir la transparence lors de la publication des informations sur le système de passation des marchés, lors de la collecte de statistiques et en cas de notification. Par rapport à l'art. XIX de l'AMP(1994) qui prévoyait déjà un système de renseignement sur le système de passation des marchés, l'art. VI:1 intègre l'utilisation des moyens électroniques de diffusion des informations mais laisse à une partie l'option de faire utiliser un support en papier pour assurer la publication et la transparence. En plus de l'art. XIX de l'AMP(1994) qui ne prévoit pas d'instrument spécifique de transparence selon la nature du renseignement, l'art. VI:2 prévoit les trois appendices II, III et IV et il énumère comme suit la nature des informations qu'une partie doit y fournir:

- L'appendice II contient les informations pour accéder aux législations, décisions de justice, etc. Sous l'AMP(1994), ces informations sont publiées dans l'appendice IV.
- L'appendice III regroupe les médias utilisés par une partie lorsqu'elle publie les avis de marchés envisagés à l'art. VII, les renseignements sur les listes à utilisation multiple prévus à l'art. IX:7 et les décisions d'adjudication des marchés publiées selon les exigences de l'art. XVI:2 de l'AMP(2012). Sous l'AMP(1994), ces renseignements sont dispersés dans les appendices II et III.
- L'appendice IV est prévu pour recueillir les liens électroniques relatifs aux statistiques publiées selon les exigences de l'art. XVI:5 de l'AMP(2012) et pour insérer les liens électroniques relatifs aux adjudications des marchés lorsque les conditions de l'art. XVI:6 sont remplies. L'AMP(1994) ne pouvait pas prévoir de telles simplifications pour assurer la transparence. L'AMP(2012) a pu prendre en considération les progrès des technologies de l'information.

Art. VII Avis

L'art. VII de l'AMP(2012) instaure des règles plus précises que l'art. IX de l'AMP(1994) concernant le contenu et la nature des avis de marchés. Il définit avec davantage de précision le statut, le rôle et le contenu des avis de marché publiés par les entités adjudicatrices. Son but est d'améliorer la sécurité du droit et la transparence et d'adapter les processus de passation des marchés aux potentialités des technologies modernes de communication. Il faut l'interpréter en liaison avec l'art. XI de l'AMP(2012) qui offre des délais différenciés selon le degré d'informatisation du processus de passation des marchés. L'art. VII de l'AMP(2012) distingue trois types d'avis, soit «l'avis de marché envisagé», «l'avis résumé» et «l'avis de marché programmé»:

– «L'avis de marché envisagé» est l'outil par lequel une entité engage la procédure de passation des marchés. Cet «avis de marché envisagé» remplace les concepts «d'invitation à soumissionner» et de «projet de marché» de l'art. IX de l'AMP(1994). Les entités du gouvernement central ont l'obligation de publier ces avis par voie électronique et sur un point d'accès unique et gratuit (art. VII:1(a)). Les entités subterritoriales (p. ex. cantons, communes, etc.) et les pouvoirs et entreprises publics opérant dans des secteurs spécifiques restent encouragés à publier les avis par voie électronique. Si les entités recourent à la publication électronique, elles peuvent appliquer des délais plus courts. Il s'agit d'un encouragement à recourir aux technologies de l'information. L'étendue des réductions des délais est réglementée à l'art. XI de l'AMP(2012).

– «L'avis de marché envisagé» doit impérativement contenir des renseignements précis (art. VII:2). Il doit être limpide sur la procédure choisie (art. VII:2(f)). Il doit notamment indiquer si l'entité envisage des options pour des commandes additionnelles, cet élément pouvant avoir une influence sur les coûts du fournisseur et sur le contenu de son offre. Les exigences quant à la procédure sont consécutives aux flexibilisations prévues par l'AMP(2012) dans le choix des procédures offertes aux art. IV et XII. Sous le régime de l'AMP(1994), l'entité contractante n'était tenue que d'indiquer si une procédure était ouverte ou sélective et si des négociations pouvaient avoir lieu ou non. Sous l'AMP(2012), l'entité doit indiquer en plus si une enchère électronique aura lieu. Suite à la clarification de la procédure sélective opérée aux art. IX:4 et 5, l'entité doit publier les critères qu'elle utilisera pour sélectionner des fournisseurs. L'avis doit aussi indiquer si l'entité entend sélectionner un nombre limité de fournisseurs qualifiés et autorisés à soumissionner (art. VII:2(k)).

– Un «avis résumé» de «l'avis de marché envisagé» doit être publié par les entités dans une des langues officielles de l'OMC que sont le français, l'anglais et l'espagnol. Cette exigence est prévue à l'art. IX:8 de l'AMP(1994), mais l'art. VII:3 de l'AMP(2012) précise que «l'avis résumé» doit être accessible en même temps que «l'avis de marché envisagé». Il doit renseigner sur la nature du marché, la date limite pour la soumission des offres, le dépôt des demandes de participation ou le dépôt d'une demande d'insertion sur une liste à usage multiple des fournisseurs. La dernière exigence n'était pas prévue dans l'AMP(1994). Un «avis résumé» publié en même temps que «l'avis de marché envisagé» facilitera le travail des soumissionnaires. Ceux-ci sont en effet réticents à se manifester lorsqu'ils se heurtent à un obstacle linguistique.

– «L'avis de marché programmé» prévu à l'art. VII:4 de l'AMP(2012) est un «avis de marché préalable». Il permet à l'entité adjudicatrice de publier ses intentions futures d'acquisition, généralement au début de la période budgétaire, soit lorsque le volume des fonds à sa disposition lui est connu. «L'avis de marché programmé» doit renseigner au sujet de l'objet du marché prévu et donner des indications quant à la date de publication estimée de «l'avis de marché envisagé» (art. VII:4 et 5). Les entités subterritoriales et les pouvoirs

et entreprises publics actifs dans les les secteurs particuliers couverts peuvent utiliser un «avis de marché programmé» à la place d'un «avis de marché envisagé» à la condition que «l'avis de marché programmé» comprenne le plus grand nombre des renseignements exigés par l'art. VII:2. L'entité doit inviter les fournisseurs intéressés à faire part de leur intérêt pour le marché futur. En contrepartie de la publication d'un «avis de marché programmé», l'entité adjudicatrice peut réduire le délai de présentation des soumissions à dix jours au minimum, conformément aux nouvelles dispositions de l'art. XI:4 de l'AMP(2012).

Art. VIII Conditions de participation

L'art. VIII de l'AMP(2012) aborde les conditions de participation et d'exclusion d'un fournisseur, alors que la qualification des soumissionnaires est abordée à l'art. IX. L'AMP(2012) se distingue de l'AMP(1994) en ce qu'il aborde séparément les conditions de participation et la qualification des soumissionnaires. L'objectif de l'art. VIII est de garantir la transparence, l'impartialité et la non-discrimination dans le traitement des fournisseurs. Cela doit permettre aux parties d'éviter que les conditions de participation ne deviennent des instruments qui favorisent les abus et le protectionnisme. En accord avec le principe d'impartialité, le but est d'éviter que les entités puissent perpétuer des liens instaurés entre certains fournisseurs et une entité adjudicatrice et de faire en sorte que de nouveaux soumissionnaires puissent participer à des marchés publics.

Au titre de la participation à un marché, l'art. VIII:1 exige que l'entité limite les conditions de participation à celles qui sont vraiment indispensables pour s'assurer qu'un fournisseur a les capacités et les compétences pour exécuter un marché attribué. L'AMP(2012) vise en premier lieu à éviter que la législation d'une partie n'impose des exigences et des conditions qui ne sont pas liées à l'objet du marché. A cet égard, l'art. VIII:1 de l'AMP(2012) reprend l'engagement de l'art. VIII(b) de l'AMP(1994), selon lequel «les conditions de participation aux procédures d'appel d'offres seront limitées à celles qui sont indispensables pour s'assurer que l'entreprise est capable d'exécuter le marché en question». L'AMP(2012) précise en outre que la notion de «capacité» se réfère aux «capacités juridiques et financières» mais laisse au législateur de chaque partie le soin de préciser la portée effective de ces termes. La notion de «compétence» porte sur les «compétences commerciales et techniques» nécessaires pour être en mesure d'exécuter un marché attribué. Il appartient également au législateur des parties de prévoir des règles qui répondent aux objectifs poursuivis par l'application de ces concepts mais il est précisé à l'art. VIII:3 que les «capacités» et «compétences» peuvent être évaluées à la lumière des expériences faites dans le pays ou à l'étranger. L'AMP(1994) prévoit à l'art. VIII(b) des conditions relativement ambiguës puisqu'il demande à l'entité de tenir compte «des liens juridiques existant entre les organismes fournisseurs».

L'art. VIII:2 clarifie ce que l'entité ne peut pas faire et ce qu'elle peut faire sous certaines conditions. L'art. VIII:2(a) exige ainsi de l'entité qu'elle n'impose pas qu'un fournisseur se soit préalablement adjugé un ou plusieurs marchés d'une entité d'une partie à l'AMP(2012). L'art. VIII:2(b) permet à l'entité d'exiger de la part du soumissionnaire une expérience préalable pertinente lorsque la fourniture de telles

informations est essentielle pour satisfaire aux prescriptions du marché. Ces deux précisions ne sont pas prévues par l'AMP(1994). Elles protègeront le fournisseur d'un abus.

L'art. VIII:3 exige de l'entité qu'elle effectue son évaluation sur la base des conditions qu'elle a fixées dans les avis ou la documentation relatifs à l'appel d'offres. Cette précision améliore l'exigence moins transparente de l'art. VIII(b) de l'AMP(1994). La sécurité du droit est renforcée et la défense des intérêts des soumissionnaires prise en charge de façon plus efficace.

Au titre de l'exclusion, l'art. VIII:4 reflète la volonté des parties d'assurer par rapport à l'AMP(1994) une gouvernance renforcée et de sanctionner un fournisseur par une exclusion dans des cas appropriés. L'art. VIII:4 ne prévoit pas une liste exhaustive de motifs d'exclusion. Il prévoit que, sous réserve de preuves à l'appui, une partie et ses entités adjudicatrices peuvent, en plus des seuls motifs pour faillite et fausse déclaration explicitement prévus par l'art. VIII(h) de l'AMP(1994), exclure un fournisseur pour des motifs tels que:

- faiblesses significatives ou persistantes dans l'exécution d'une prescription ou d'une obligation de fond dans le cadre d'un marché ou de marchés antérieurs;
- jugements définitifs concernant des délits graves ou d'autres infractions graves;
- faute professionnelle ou actes ou omissions qui portent atteinte à l'intégrité commerciale du fournisseur, ou
- non-paiement d'impôts.

Le dispositif d'exclusion des directives sur les marchés publics 17/2004/UE et 18/2004/UE de l'UE a sans doute facilité cette extension des motifs d'exclusion réalisée en 2006 lors de la phase finale de la révision de l'AMP(2012). Les parties ne se sont pas limitées à élargir à l'art. VIII:4 la liste des motifs d'exclusion par quatre motifs additionnels par rapport à l'AMP(1994). Comme indiqué, la formule «tels que» doit permettre au législateur de chaque partie de compléter sa liste des exclusions sous réserve de respecter les engagements de non-discrimination de l'art. IV:1 de l'AMP(2012). Le consensus des parties a été réalisé sous condition d'une protection adéquate des intérêts des soumissionnaires. Ce consensus a été possible suite à l'insertion, à l'art. VIII:4, de l'exigence selon laquelle une exclusion ne peut être envisagée que si des preuves à l'appui permettent de justifier une telle exclusion. La formule *«where there is supporting evidence»* de la version anglaise de l'AMP(2012) reflète mieux la nature du consensus atteint.

Art. IX Qualification des fournisseurs

L'art. IX de l'AMP(2012) procède au regroupement des règles qui sont dispersées notamment dans les art. VIII, IX, X et XVIII de l'AMP(1994). Son but est de simplifier la qualification des soumissionnaires par l'assouplissement de procédures administratives et de réduire en même temps les coûts administratifs pour les soumissionnaires. L'art. IX contient des règles nouvelles qui s'appliquent à l'enregistrement des fournisseurs. Celles-ci coexisteront avec les règles qui portent sur des

«listes à utilisation multiple», qui sont une version revisitée des «listes permanentes de fournisseurs qualifiés» prévues aux art. VIII et IX de l'AMP(1994). Par rapport à l'AMP(1994), ces «listes à utilisation multiple» offrent des flexibilités additionnelles de gestion, dont bénéficieront les entités subterritoriales et les entreprises et pouvoirs publics actifs dans les activités sectorielles. Dans la mesure où l'enregistrement d'un fournisseur et des listes de fournisseurs qualifiés permettent à une entité d'éviter, du moins pendant un certain temps, d'examiner le statut légal d'une entreprise et l'aptitude d'un soumissionnaire à remplir les conditions de qualification, l'enregistrement et les listes concourent à l'efficacité d'un appel d'offres. En même temps, l'enregistrement et la tenue de listes présentent toujours un risque de discrimination de certains soumissionnaires. La transposition permettra aux parties de mettre en œuvre des législations qui parviendront à maitriser les risques.

L'art. IX est complexe car en raison du regroupement d'un grand nombre de dispositions de l'AMP(1994), il aborde différents aspects de la qualification des fournisseurs:

L'art. IX:1 prévoit la possibilité, pour une entité, de disposer d'un système d'enregistrement des fournisseurs. L'AMP(2012) répond sur ce point à une suggestion de la Corée. Il ne règle pas la définition de l'enregistrement, ni le contenu ou la portée de ce concept. Il définit aux art. IX:2 et IX:3 le cadre juridique élémentaire dans lequel un système d'enregistrement et un régime de qualification des soumissionnaires doivent s'inscrire. La relation du système d'enregistrement avec la fonction et l'utilisation des listes de fournisseurs à utilisation multiple n'est toutefois pas entièrement clarifiée sous l'AMP(2012).

L'art. IX:2 de l'AMP(2012) exige que les parties réduise les différences dans leurs procédures de qualification et dans leurs systèmes d'enregistrement à un minimum. L'AMP(1994) prévoyait à l'art. VIII(g) une telle exigence pour les procédures de qualification. Avec l'art. IX:2 de l'AMP(2012), elle s'applique aussi aux systèmes d'enregistrement.

L'art. IX:3 vise à lutter contre le risque de protectionnisme lors de la mise sur pied et de l'utilisation des mesures qui portent sur l'enregistrement et la qualification de fournisseurs. Il répond à une suggestion de la Suisse et vise la défense de l'accès des fournisseurs suisses aux marchés publics mondiaux. Suivant le modèle de l'art. VI:1 de l'AMP(1994) et celui de l'art. X:1 de l'AMP(2012), prévus pour juguler le risque du recours au protectionnisme dans le secteur des spécifications techniques, l'art. IX:3 étend la solution applicable aux spécifications techniques aux systèmes d'enregistrement et aux procédures de qualification des fournisseurs.

L'art. IX:4 à 6 porte sur l'utilisation de la procédure sélective en vertu de laquelle les entités identifient, au cours d'une première phase, les soumissionnaires habilités à faire, dans une deuxième phase, une offre. L'art. IX:4 définit les informations que l'entité adjudicatrice doit impérativement publier dans «l'avis de marché envisagé» prévu à l'art. VII (art. IX:4(a)). Il prévoit en plus les informations que l'entité doit impérativement donner aux fournisseurs qualifiés pour que ceux-ci puissent soumettre leurs offres (art. IX:4(b)). Les exigences moins détaillées de l'art. VIII de l'AMP(1994) sont donc clarifiées et renforcées. L'art. IX:5 relatif à l'appel d'offre sélectif prévoit la possibilité, pour l'entité, de limiter le nombre de fournisseurs

autorisés à soumettre une offre au moyen de critères de sélection qui doivent être publiés dans l'avis de marché envisagé (art. VII). L'art. X de l'AMP(1994) permettait à une entité de limiter le nombre des fournisseurs qui remplissaient les conditions de participation. Cette option n'était toutefois pas encadrée par des exigences de transparence quant à la publication et aux critères de sélection. L'AMP(2012) permet de limiter le nombre des fournisseurs qualifiés et regroupe à cet effet les art. VIII(c), X:1 et X:3 de l'AMP(1994). L'art. IX:6 de l'AMP(2012) précise qu'une entité adjudicatrice doit garantir que les documents exigés pour soumettre l'offre sont mis en même temps à la disposition de tous les fournisseurs qualifiés et sélectionnés. Cette règle simplifie et clarifie les exigences de l'art. IX:5 de l'AMP(1994). Dans ces conditions, la procédure sélective devrait être globalement plus transparente et son utilisation plus sûre et transparente.

L'art. IX:7 à 15 fixe les règles applicables à l'utilisation des listes à utilisation multiple définies à l'art. I de l'AMP(2012), qui remplacent les «listes permanentes de fournisseurs qualifiés» de l'AMP(1994). L'art. IX:7 établit le principe de l'utilisation des listes à usage multiple. Il implique qu'un avis invitant les fournisseurs intéressés à demander leur inscription sur la liste soit publié chaque année et que cet avis soit accessible en permanence lorsqu'il est publié par voie électronique. L'AMP(2012) fait sienne l'exception prévue dans l'AMP(1994) pour les listes dont la durée de validité est de trois ans ou moins (voir art. IX:9). En plus des exigences de l'AMP(1994) prévues aux art. VIII et IX pour la gestion des «listes permanentes de fournisseurs qualifiés», l'art. IX:8 de l'AMP(2012) exige de surcroît que l'entité précise dans l'avis le nom et l'adresse de l'entité et les autres renseignements nécessaires pour prendre contact avec elle et obtenir tous les documents pertinents relatifs à la liste à usage multiple. L'avis doit aussi préciser les moyens utilisés pour renouveler ou annuler la liste à usage multiple et donner une indication de la méthode utilisée pour faire savoir qu'il est mis fin à l'utilisation de la liste dans les cas où la durée de validité n'est pas mentionnée. L'art. IX:9 précise que, dans les cas où la durée de validité d'une liste à utilisation multiple est de trois ans ou moins, une entité a la possibilité de ne publier l'avis prévu à l'art. IX:7 qu'une fois, soit au début de la durée de validité de la liste. Si l'entité fait usage de cette possibilité, elle doit mentionner dans l'avis la durée de validité et le fait que d'autres avis ne seront pas publiés. Une condition nouvelle par rapport à l'AMP(1994) consiste en l'exigence que l'avis soit publié par voie électronique et qu'il soit accessible en permanence pendant la durée de validité de la liste à usage multiple. L'art. IX:10 requiert de l'entité qu'elle autorisera les fournisseurs à demander à tout moment à être inscrits sur une liste à utilisation multiple et qu'elle inscrira tous les fournisseurs qualifiés sur cette liste dans un délai raisonnablement court. L'acquis de l'art. VIII(d) de l'AMP(1994) est dans une formulation légèrement plus stricte. Un renforcement de l'art. VIII(c) de l'AMP(1994) a été opéré à l'art. IX:11 de l'AMP(2012). L'art. IX:11 continue d'exiger qu'une entité examine une demande de participation d'un fournisseur non inscrit sur une liste à utilisation multiple s'il remplit les conditions relatives au délai et aux documents. Ce qui est nouveau par rapport à l'AMP(1994), c'est que l'entité ne pourra plus refuser de prendre le fournisseur en considération au motif qu'elle n'avait pas suffisamment de temps pour examiner la demande.

L'art. IX:12 endosse les flexibilités que l'art. IX:3, 5 et 9 de l'AMP(1994) accorde aux entités subterritoriales et aux entreprises et autorités publiques actives dans les secteurs particuliers couverts. Ces entités pourront, aussi sous le régime de l'AMP(2012), utiliser l'avis inhérent aux «listes à usage multiple» comme un «avis de marché envisagé» si certaines conditions clarifiées et renforcées sont remplies. L'art. IX:13 à 15 prévoit à cet effet les règles que ces entités doivent appliquer lorsqu'un fournisseur dépose une demande de participation (art. IX:13), lorsque les entités ont pris une décision relative à la demande de participation ou aux qualifications (art. IX:14) et lorsqu'une entité rejette une demande de qualification ou lorsqu'elle considère qu'un fournisseur inscrit sur une liste à usage multiple n'est plus qualifié (art. IX:15). L'entité a l'obligation de renseigner les fournisseurs qualifiés et les fournisseurs potentiels qui ont fait la demande de figurer sur la liste à usage multiple dans les «moindres délais». En cas de décisions négatives prévues à l'art. IX:15, les motifs de la décision doivent être communiqués par écrit si le fournisseur exclu d'une liste existante ou non retenu sur une liste de fournisseurs qualifiés en fait la demande.

Par rapport à l'AMP(1994), la révision aboutit à un renforcement des règles de transparence et de la clarté. Les effets concrets de la coexistence des systèmes d'enregistrement et des «listes à usage multiple» sur le fonctionnement effectif du régime des «avis de marché envisagé» devront être examinés lors de l'application de l'AMP(2012). Les expériences qui en seront faites permettront de décider s'il existe un besoin de clarifier les modalités de cette coexistence. Ce sujet pourra être examiné lors de la révision de l'AMP(2012) prévue au printemps 2017.

Art. X Spécifications techniques et documentation relative à l'appel d'offres

L'art. X de l'AMP(2012) aborde les spécifications techniques et la documentation relative à l'appel d'offre. Par rapport à l'AMP(1994), il donne aux art. X:6 et X:9 une base juridique à la prise en compte de la dimension environnementale du développement durable dans les soumissions publiques. Cette prise en charge des considérations environnementales doit s'inscrire dans le respect des principes et instruments de non-discrimination de l'AMP et ne pas créer des obstacles protectionnistes. L'AMP(2012) contribue ici au renforcement de la gouvernance.

Le terme de spécification technique est défini à l'art. I de l'AMP(2012). Comme ce fut déjà le cas sous l'AMP(1994), la portée de cette notion s'étend aux procédés et méthodes de production ou de fourniture. A l'art. X:1, l'AMP(2012) exige que l'entité adjudicatrice n'établisse pas, ni n'adopte, ni n'applique des spécifications techniques, ni ne prescrive des procédures d'évaluation de la conformité ayant pour but ou pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. Cette règle est la clef de voûte de la gestion des spécifications techniques et des procédures d'évaluation de la conformité, qui vise à prévenir les dérives protectionnistes des parties. Elle défend les intérêts des soumissionnaires en ce qui concerne leur droit à l'accès au marché et elle soutient la réalisation de l'objectif économique de l'utilisation parcimonieuse des fonds publics, qui est aussi une part constitutive de la dimension économique du développement durable. Elle contribue à clarifier

l'application des art. X:6 et X:9 et la mise en œuvre des engagements au titre des art. IV:1 et XXII:6 à 8 de l'AMP(2012).

Le champ de couverture de l'art. X:2 s'étend avec précision aux marchandises et aux services. Conformément à l'art. X:2, l'entité adjudicatrice définit les spécifications techniques en termes de performances et d'exigences fonctionnelles plutôt qu'en termes de caractéristiques descriptives ou de conceptions. L'entité se fonde sur des normes internationales ou, en l'absence de celles-ci, sur des règlements techniques ou des normes nationales reconnus ou des codes du bâtiment. La portée de l'art. VI:2 de l'AMP(1994) est renforcée par les nouvelles exigences de l'art. X:3, qui limite la liberté d'une entité d'utiliser une conception ou des caractéristiques descriptives déterminées d'un bien ou d'un service. Si une entité doit se référer à un bien ou à un service particulier, l'art. X:3 exige qu'elle prenne en considération les soumissions portant sur des marchandises ou des services équivalents dont il peut être démontré qu'ils satisfont aux prescriptions du marché, en utilisant des termes tels que «ou l'équivalent» dans la documentation relative à l'appel d'offre. Cette précision permet d'éviter que certains soumissionnaires puissent être écartés de façon incompatible avec l'exigence de non-discrimination. Conformément à l'art. X:4 de l'AMP(2012) et à l'art. VI:3 de l'AMP(1994), l'entité ne doit pas prescrire de spécifications techniques qui exigent ou qui se réfèrent à une marque de fabrique, un modèle, un droit d'auteur, un brevet, un dessin, un type ou qui exigent un fournisseur ou une origine déterminés. Dans des cas jugés d'exception, définis à l'article X:4, l'entité a le devoir d'utiliser des termes tels que «ou l'équivalent». Comme exigé à l'art. VI:4 de l'AMP(1994), l'art. X:5 de l'AMP(2012) exige de la part de l'entité qu'elle ne sollicite ou n'accepte pas un avis d'une personne qui a un intérêt dans un marché pour prescrire ou adopter des spécifications techniques. La notion d'adoption ne figurait pas dans l'AMP(1994) et l'exigence de l'art. VI:4 était limitée à une «société» alors qu'en vertu de la définition de l'art. I de l'AMP(2012), la notion de «personne» au sens de l'AMP(2012) englobe les personnes physiques et les personnes morales. La révision instaure sur ce point une amélioration des conditions de concurrence dans l'intérêt de tous les soumissionnaires. L'art. X:6 clarifie qu'une entité pourra, sous réserve de respecter les engagements de non-discrimination et de transparence, établir, adopter ou appliquer des spécifications techniques pour encourager la préservation des ressources naturelles ou protéger l'environnement.

L'art. X:6 se réfère explicitement à l'ensemble des paragraphes constitutif de l'art. X, en particulier pour assurer que les entités adjudicatrices restent engagées à ne pas établir, adopter ni n'appliquer des spécifications techniques, ni prescrire des procédures d'évaluation de la conformité ayant pour but ou pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. L'art. X:6 doit être apprécié en relation étroite avec les art. IV:1 et X:9 ainsi qu'avec le programme de travail sur le développement durable mentionné à l'art. XXII:8 dans le contexte des engagements de *standstill* (art. XXII:6) et de la révision future de l'AMP (art. XXII:7).

Au titre de la documentation relative à l'appel d'offre, l'AMP(2012) définit de façon exhaustive les responsabilités de l'entité adjudicatrice, ce qui n'était pas le cas sous le régime de l'art. XII:2 de l'AMP(1994). Les par. 7, 8, 10 et 11 de l'art. X regroupent les règles applicables au titre de la transparence, du contenu et de la modifica-

tion de la documentation. A l'instar de l'art. VII:2 relatif à l'avis de marché, l'art. X:7 énumère les informations contraignantes qu'une entité est tenue de publier au plus tard au stade de la diffusion de la documentation de la soumission. Ces informations s'étendent désormais aux modalités relatives aux soumissions électroniques, telles que les prescriptions relatives à l'authentification et au cryptage, les conditions techniques pour participer aux enchères électroniques, l'étendue de la possibilité de recourir à la voie électronique, etc. L'art. X:11 impose aux entités de transmettre par écrit à tous les soumissionnaires les modifications intervenues dans l'avis de marché ou dans la documentation relative à l'appel d'offre. L'obligation de transmettre par écrit n'existait pas dans l'AMP(1994).

L'AMP(2012) contient à l'art. X:9 une règle que l'AMP(1994) ne prévoyait pas et qui a l'ambition de clarifier la portée des critères d'évaluation qu'une entité peut utiliser dans les limites définies par l'obligation de non-discrimination et de transparence des art. IV, X:1 et XXII:6 à 8. L'art. X:9 prévoit que les critères d'évaluation, énoncés dans l'avis de marché envisagé ou dans la documentation relative à l'appel d'offre, pourront notamment inclure le prix et d'autres facteurs de coût, la qualité, la valeur technique, les caractéristiques environnementales et les modalités de livraison.

L'art. X:9 doit être apprécié en relation avec l'art. X:6 et surtout avec le programme de travail sur le développement durable mentionné à l'art. XXII:8, basé explicitement lui aussi sur les obligations de non-discrimination de l'AMP et contenu dans l'annexe E de l'appendice 2 de l'AMP(2012) (voir ch. 2.7).

Art. XI Délais

Par rapport à l'art. XI de l'AMP(1994), l'art. XI de l'AMP(2012) intègre les changements induits par le développement des technologies de l'information. La transition intervenue depuis 1994 vers les marchés publics électroniques permet à une entité adjudicatrice de réduire des délais selon le degré d'informatisation atteint dans le traitement des soumissions électroniques. Les réductions peuvent être cumulées si le traitement électronique est assuré au cours de plusieurs phases distinctes des procédures de soumission des marchés publics. L'art. XI:1 prévoit une règle générale clarifiée, qui définit les principes généraux applicables aux délais. Ceux-ci sont abordés selon qu'il s'agit de demandes de participation à un marché ou de présentations de soumissions publiques par des soumissionnaires.

S'agissant d'une demande de participation à une soumission dans le cadre d'une procédure sélective, la date limite pour les présentations des demandes reste inchangée. Conformément à l'art. XI:2 de l'AMP(2012) et à l'art. XI:2 de l'AMP(1994), le délai pour la soumission des demandes de participation reste d'au moins 25 jours à compter de la date de publication de l'avis de marché envisagé. Ce qui est nouveau par rapport à l'AMP(1994), c'est la possibilité offerte à une entité adjudicatrice de réduire ce délai de 25 jours à dix jours au minimum dans les cas où une urgence est dûment établie (art. XI:2 de l'AMP(2012) *in fine*).

S'agissant des délais pour la présentation des soumissions publiques, l'AMP(2012) distingue trois situations selon que les délais sont applicables (1) aux marchés traditionnels, (2) aux marchés publics électroniques ou (3) aux marchés électroniques

portant sur des achats de biens et de services commerciaux. Par rapport à l'AMP(1994), des flexibilités additionnelles ont été prévues pour les marchés récurrents (art. XI:4(b), l'utilisation de moyens électroniques (art. XI:5 et X:6) et les marchés relatifs aux biens et services commerciaux (art. XI:7):

1. Pour les marchés ouverts et sélectifs, c'est le délai de 40 jours - compté à partir de la date de publication de l'avis de marché envisagé pour la procédure ouverte ou à partir de la date à laquelle l'entité invite un fournisseur à déposer sa soumission dans le cadre d'une procédure sélective - qui reste la règle (art. XI:3). Comme c'est le cas avec l'art. XI:3 de l'AMP(1994), l'AMP(2012) prévoit à l'art. XI:4(a) et (c) la possibilité de réduire ce délai de 40 à dix jours au cas où des conditions spécifiques sont réunies. Ce qui est nouveau par rapport à l'AMP(1994), c'est que le délai de dix jours peut aussi être appliqué aux contrats récurrents (art. XI:4(b)).
2. Pour les marchés publics électroniques, le délai de 40 jours peut désormais être réduit de façon cumulative de cinq jours dans les trois cas suivants: (1) l'avis de marché est publié par voie électronique, (2) toute la documentation est disponible par voie électronique, et (3) l'entité contractante accepte les soumissions électroniques. Vu que le cumul est possible, la réunion des trois conditions ci-dessus permet à une entité de réduire le délai initial de 40 jours à 25 jours (40 jours moins 15 jours). Cette nouvelle disposition de l'art. XI:5 de l'AMP(2012) est encadrée par la règle de l'art. XI:6, selon laquelle le cumul des conditions figurant aux art. XI:4 et XI:5 n'autorise pas une entité à réduire à moins de dix jours le délai de soumission des offres.
3. Pour les marchés électroniques ayant comme objet l'acquisition de biens et de services commerciaux l'art. XI:7 de l'AMP(2012) prévoit que le délai de présentation des offres peut être réduit à treize jours, à condition que l'entité adjudicatrice publie par voie électronique, en même temps, l'avis de marché envisagé et la documentation relative à l'appel d'offres. Si l'entité adjudicatrice accepte de surcroît les soumissions électroniques, ce délai peut même être réduit de trois jours additionnels et donc à dix jours au minimum. Cette règle n'est pas prévue dans l'AMP(1994).

La flexibilité de l'art. XI:3(d) de l'AMP(1994) qui permet aux entités subterritoriales et aux entreprises et autorités publiquess actives dans les secteurs particuliers couverts de convenir avec les soumissionnaires sélectionnés des délais plus courts a été maintenue à l'art. XI:8 de l'AMP(2012). Si les soumissionnaires sélectionnés ne donnent pas leur accord à une telle réduction, c'est le délai de dix jours au minimum, par l'AMP(1994), qui doit être respecté par l'entité.

Art. XII Négociations

La condition de l'art. XIV:2 de l'AMP(1994), selon laquelle l'objectif d'une négociation doit se limiter à reconnaître les points forts et faibles des soumissions a été supprimée dans l'art. XII de l'AMP(2012). Ainsi, les règles de l'art. XIV de l'AMP(1994) permettant à une entité de mener sous certaines conditions des négociations avec des soumissionnaires ont été flexibilisées. Comme sous l'AMP(1994), l'entité doit indiquer son intention de procéder à des négociations dans l'avis de

marché envisagé requis à l'art. VII:2 de l'AMP(2012). Elle continue aussi d'avoir la possibilité de mener des négociations lorsque l'évaluation des offres ne permet pas d'identifier la soumission la plus avantageuse selon les critères d'évaluation spécifiques énoncés dans l'avis de marché envisagé ou la documentation relative à l'appel d'offres. Les conditions du recours à la négociation définies à l'art. XII:2(a) de l'AMP(2012) clarifient les exigences de l'art. XIV:4(a) de l'AMP(1994). L'AMP(2012) prévoit plus précisément à l'art. XII:2(a) que l'entité doit se tenir aux critères d'évaluation spécifiques préalablement énoncés dans l'avis de marché envisagé ou dans la documentation relative à l'appel d'offre. L'AMP(1994) se réfère à l'art. XIV:4(b) aux «critères» de l'avis ou de la documentation relative à l'appel d'offre.

La flexibilisation de l'art. XII permet à une partie de prévoir dans sa législation des procédures de passation des marchés qui ne sont plus exclusivement basées sur le besoin d'identifier les points forts et faibles des soumissions. Cet assouplissement doit être apprécié en relation avec la flexibilisation désormais prévue à l'art. IV:4 de l'AMP(2012) au titre du choix des procédures de passation de marché. En raison de cette complémentarité entre les art. XII et IV:4 de l'AMP(2012), les règles des deux articles peuvent être considérées comme une base juridique appropriée permettant à un législateur de prévoir des procédures comprenant un dialogue. Cette approche est compatible avec le nouvel objectif de l'AMP(2012), énoncé dans le préambule, qui consiste à prévoir des procédures permettant aux membres de tenir compte de leur situation spécifique.

Art. XIII Appel d'offres limité

Les parties n'ont pas voulu étendre le champ d'application des règles de l'art. XV de l'AMP(1994) qui portent sur l'appel d'offre limité. La motivation était d'éviter une érosion des règles et du champ couvert par les procédures notamment ouverte et sélective qui instaurent la concurrence entre les soumissionnaires. La procédure d'appel d'offres limité – appelée procédure de gré à gré en Suisse - permet à une entité adjudicatrice de ne pas lancer une procédure de sélection des fournisseurs mais de choisir un soumissionnaire si les conditions strictes de l'AMP sont réunies. Les parties se sont limitées à clarifier le texte de l'AMP(1994). L'art. XIII:1(a) de l'AMP(2012) reflète une règle contenue dans l'art. XV:1(a) de l'AMP(1994), qui permet à une entité d'appliquer une procédure de marché de gré à gré si elle constate que les soumissions présentées auront été concertées (*bid rigging*). L'AMP(1994) et l'AMP(2012) ne prévoient pas de règles spécifiques applicables à la concertation des offres, qui de toute évidence faussent les conditions de concurrence. La disposition de l'art. XIII:1(a) de l'AMP(2012) offre néanmoins une base permettant au législateur de prévoir des dispositions visant à réduire, voire à éliminer, le risque d'offres concertées.

Sur la base d'une proposition conjointe des Etats-Unis et de l'UE présentée en octobre 2006, le consensus des parties s'est réalisé en faveur du regroupement, par l'art. XIII:1(c) de l'AMP(2012), du traitement des livraisons additionnelles de biens et de services et de services de construction. Dans l'AMP(1994), les livraisons additionnelles de biens et de services sont abordées à l'art. XV:1(d) et les livraisons additionnelles de services de construction à l'art. XV:1(f). Ce regroupement s'est

réalisé au prix de l'abandon de la clause des 50 %de l'art. XV:1(f) de l'AMP(1994), selon laquelle «la valeur totale des marchés adjugés pour les services de construction additionnels ne pourra pas dépasser 50 pour cent du montant du marché principal». Au-delà de cet abandon, les parties ont accepté la solution conjointe des Etats-Unis et de l'UE, qui prévoit l'existence d'un cumul de conditions permissives pour justifier le recours aux règles applicables aux livraisons additionnelles de biens et de services. Selon la proposition des Etats-Unis et de l'UE reprise à l'art. XIII:1(c), les conditions d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec des matériels, logiciels ou installations existants ne suffisent plus pour justifier la commande de livraisons additionnelles par le biais d'un marché de gré à gré auprès d'un fournisseur. En vertu de l'art. XIII:1(c), l'entité doit aussi examiner si le changement d'un fournisseur lui causerait des inconvénients importants ou entraînerait une duplication substantielle des coûts. L'UE a transposé cette disposition de l'art. XIII:1(c) par le biais de l'art. 32:3(b) de la directive 2014/24/UE[29].

L'UE a également transposé l'art. XIII:1(c) de l'AMP(2012) par l'intermédiaire de l'art. 50, let. e, de la directive 2014/25/UE[30] avec une petite nuance par rapport à la transposition dans la directive 2014/24/UE, puisque la limitation autonome à trois ans ne s'applique pas aux entités en charge des activités sectorielles.

Art. XIV Enchères électroniques

L'AMP(1994) n'avait pas prévu des règles au titre des enchères électroniques. L'art. XIV de l'AMP(2012) crée pour la première fois une base juridique internationale pour l'instrument des enchères électroniques. L'enchère électronique n'est pas une procédure d'attribution d'un marché mais une méthode d'évaluation électronique des offres de soumissionnaires qualifiés et autorisés. Les enchères électroniques font l'objet d'une définition à l'art. I de l'AMP(2012). La réalisation de ce processus en conformité avec les exigences de non-discrimination et de transparence de l'AMP exige que les entités communiquent des informations précises quant à l'intention de recourir aux enchères électroniques et quant au contenu des critères d'évaluation et leur pondération. L'art. XIV de l'AMP(2012) prévoit la marche à suivre et précise que la décision de prévoir ou non des enchères électroniques relève de la compétence d'une entité. Pour que les entités de la Confédération et des cantons puissent décider de recourir le cas échéant à la possibilité de prévoir des enchères électroniques au titre de l'art. XIV, les législations futures des marchés publics de la Confédération et des cantons devront prévoir des règles appropriées. Ces règles faciliteront les négociations des accords de libre-échange car plusieurs pays, tels que par exemple la Fédération de Russie ou la Géorgie, qui ne sont pas ou pas encore membres de l'AMP, utilisent l'instrument des enchères électroniques et souhaitent

29 Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, JO L 94, du 28.3.2014, p. 65.

30 Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, JO L 94, du 28.3.2014, p. 243.

disposer des règles à ce sujet dans les accords en négociation avec les pays de l'AELE.

Art. XV Traitement des soumissions et adjudication des marchés

L'art. XV de l'AMP(2012) clarifie et simplifie les dispositions de l'art. XIII de l'AMP(1994) qui régissent le traitement des soumissions. L'art. XV:1 se limite à prévoir qu'une entité contractante doit recevoir, ouvrir et traiter toutes les soumissions selon des procédures qui garantissent l'équité et l'impartialité du processus de passation des marchés, ainsi que la confidentialité des soumissions. L'AMP(2012) n'édicte pas de règles ou de critères nouveaux pour l'adjudication des marchés. Il précise des aspects particuliers du fonctionnement, tels que l'obligation de présenter des offres par écrit. Comme c'est le cas avec l'art. XIII de l'AMP(1994), l'art. XV de l'AMP(2012) prévoit qu'un marché soit adjugé au fournisseur qui aura été reconnu capable de satisfaire les critères d'évaluation spécifiés dans les avis (art. VII) et dans la documentation de l'appel d'offres (art. X) et aura présenté soit

- la soumission la plus avantageuse, ou
- dans le cas où le prix sera le seul critère, le prix le plus bas.

En accord avec le modèle de l'art. XIII:5 de l'AMP(1994), l'art. XV:7 de l'AMP(2012) continue d'exiger de la part d'une entité qu'elle n'utilise pas l'instrument des options au point de modifier les conditions de concurrence initiales. Ce qui est par contre inédit et de portée significative par rapport à l'AMP(1994), c'est que l'art. XV:7 de l'AMP(2012) exige de l'entité qu'elle n'annule pas un marché, ni qu'elle ne modifie le contrat d'un marché adjugé dans le but de contourner les obligations de l'AMP(2012). Cette extension du champ d'application de l'engagement de non-discrimination au-delà du champ d'application de l'AMP(1994) vise à assurer que la concurrence entre les fournisseurs joue à la fois dans la phase de l'évaluation des offres et en aval de l'attribution des marchés. Cette nouvelle règle doit aussi être comprise comme la volonté des membres de prévenir la corruption après la phase d'adjudication. L'AMP(1994) couvrait les procédures jusqu'à l'attribution du marché mais pas au-delà. L'art. XV:7 de l'AMP(2012) est une contribution au renforcement de l'impartialité et de la gouvernance du droit des marchés publics.

Art. XVI Transparence des renseignements relatifs aux marchés

L'art. XVI de l'AMP(2012) regroupe deux exigences en matière de renseignements qu'une entité doit être en mesure de fournir après l'adjudication du marché. Il s'agit d'abord des exigences au titre de l'adjudication d'un marché qui englobent la conservation, l'accessibilité et la traçabilité des opérations et décisions. Ces aspects étaient couverts par les art. XVIII, XV:2 et XX:4 de l'AMP(1994). L'AMP(2012) reprend ces règles en améliorant leur clarté et en les adaptant au développement des technologies de l'information. Il s'agit ensuite des exigences concernant l'établissement et la communication de statistiques qui sont prévues à l'art. XVI:4 à 6 mais qui étaient couvertes de façon plus exhaustive à l'art. XIX:5 de l'AMP(1994). Les flexibilités additionnelles prévues par l'AMP(2012) ont un prix, qui se traduit par un niveau de transparence moins exigeant des statistiques.

En vertu de l'art. XVI:1 de l'AMP(2012) et comme l'exigeait l'AMP(1994) à l'art. XVIII:3, une entité doit informer dans les moindres délais les fournisseurs participants de ses décisions prises en matière d'adjudication d'un marché. Elle doit le faire par écrit si un fournisseur le lui demande. Egalement à la demande du fournisseur, une entité est tenue d'exposer à un fournisseur non retenu les raisons pour lesquelles l'offre n'a pas été retenue ainsi que les avantages relatifs de la soumission du fournisseur retenu. L'art. XVI:2 de l'AMP(2012) exige à l'instar de ce qui est prévu à l'art. XVIII:1 de l'AMP(1994) que les entités adjudicatrices publient dans un délai de 72 jours au maximum, à compter de la date d'adjudication d'un marché, les résultats de l'adjudication. L'AMP(2012) précise que les renseignements doivent rester facilement accessibles pendant une période raisonnable si une entité publie l'avis d'attribution du marché uniquement dans un média électronique. L'art. XVI:2 énumère les informations que l'avis d'adjudication doit contenir au minimum. Ces exigences correspondent largement à celles de l'art. XVIII:1 de l'AMP(1994). En effet, l'art. XVI:2(f) de l'AMP(2012) définit avec plus de clarté que l'art. XVIII:1(f) et (g) de l'AMP(1994) l'obligation de publier les circonstances d'un recours à la procédure de gré à gré. Selon l'art. XVI:3 de l'AMP(2012), qui regroupe les art. XV et XX de l'AMP(1994), les publications électroniques et sur papier doivent être conservées pendant au moins trois ans, ce qui correspond à la période de conservation fixées par l'art. XX:4 de l'AMP(1994). L'AMP(2012) prévoit toutefois en plus des règles au sujet de la conservation, l'accessibilité et la traçabilité des publications électroniques (art. XVI:1 à 3). De telles règles n'existent pas dans l'AMP(1994). Elles sont nécessaires à l'encouragement de la gestion électronique des marchés.

A l'instar des obligations de l'art. XIX:5 de l'AMP(1994), les parties sont engagées à l'art. XVI:4 à 6 de l'AMP(2012) à fournir des statistiques annuelles. L'art. XVI:4 énumère les informations à fournir par les parties au titre des marchés adjugés par les entités couvertes par les annexes 1, 2 et 3. Une flexibilité qui n'existe pas dans l'AMP(1994) est accordée par l'art. XVI:4(c) de l'AMP(2012) aux entités subterritoriales et aux entreprises et autorités publiques actives dans les secteurs particuliers couverts, soit les entités couvertes par les annexes 2 et 3 de l'AMP. Ces entités sont dorénavant autorisées à fournir des estimations au cas où il ne leur serait pas possible de fournir des chiffres exacts. La fourniture d'estimations doit être accompagnée par l'explication de la méthodologie utilisée pour le calcul des estimations. Lorsque les statistiques requises sont disponibles sur un site électronique officiel, une partie peut remplacer la communication écrite des données statistiques par une notification, au Comité des marchés publics, de l'adresse du site électronique des statistiques ou de la banque de données centralisée où ces statistiques sont accessibles. La notification doit être accompagnée des instructions pour l'utilisation du site. Cette flexibilité de l'art. XVI:5 à 6 n'est pas prévue dans l'AMP(1994).

Art. XVII Divulgation de renseignements

L'art. XVII de l'AMP(2012) offre par rapport à l'AMP(1994) une structure simplifiée et un texte clarifié quant à la nature des renseignements qui peuvent être communiqués ou qui ne peuvent pas être divulgués par les parties et leurs entités adjudicatrices. L'art. XVII de l'AMP(2012) regroupe en effet des exigences dispersées dans plusieurs articles de l'AMP(1994), soit les art. VII, XIV, XVIII et XIX.

L'objectif de ces règles consiste à assurer que la réalisation des objectifs de transparence et de communication des parties et entités soit assurée et que les parties et les entités ne divulguent pas des informations concernant un marché déterminé d'une manière qui aurait pour effet d'empêcher la concurrence loyale, de violer la propriété intellectuelle ou de porter préjudice aux intérêts commerciaux légitimes de personnes particulières.

Art. XVIII Procédures de recours internes

Trois changements marquent le passage de l'AMP(1994) à l'AMP(2012):

- L'art. XVIII:1 de l'AMP(2012) demande que les parties établissent une procédure de recours administratif ou judiciaire pour permettre à un fournisseur de déposer un recours contre une violation de l'AMP(2012) ou pour non-respect de mesures prises par une partie dans la mise en œuvre l'AMP(2012). L'art. XX:2 de l'AMP(1994) ne s'étend pas aux recours ayant pour objet la mise en œuvre de l'AMP. Les procédures de recours se limitent à autoriser un fournisseur à contester les violations présumées de l'AMP(1994) lors de la passation de marchés dans lesquels le fournisseur a un intérêt. L'art. XVIII:1(b) de l'AMP(2012) prévoit que si la législation d'une partie ne permet pas à un fournisseur de recourir directement contre une violation présumée de l'AMP(2012), la législation doit prévoir la possibilité de recourir contre le fait qu'une partie n'a pas respecté la transposition des engagements de l'AMP(2012) dans sa législation nationale. Cette clarification a été souhaitée par les Etats-Unis et le Canada, qui ne disposent pas d'un régime juridique moniste.
- L'art. XVIII:4 de l'AMP(2012) exige que les parties établissent ou désignent une autorité administrative ou judiciaire qui soit impartiale et indépendante des entités pour recevoir et examiner un recours déposé par un fournisseur. Une telle exigence était prévue à l'art. XX:6 de l'AMP(1994), qui désignait un tribunal ou un organe d'examen impartial et indépendant comme organes compétents pour recevoir les recours. L'art. XVIII:5 de l'AMP(2012) donne par contre la possibilité à une partie d'instaurer, pour un examen en première instance, un organe autre que l'autorité administrative ou judiciaire prévue à l'art. XVIII:4 de l'AMP(2012). La flexibilité ainsi offerte est motivée par le souhait des parties de rendre l'AMP(2012) plus compatible avec les institutions judiciaires de nouveaux membres et de faciliter les accessions.
- L'art. XVIII:7(a) de l'AMP(2012) exige que les parties adoptent ou maintiennent des procédures qui prévoient la prise de mesures transitoires rapides pour préserver la possibilité d'un fournisseur de participer à un marché. L'art. XX:7(a) de l'AMP(1994) prévoyait des mesures transitoires pour remédier à des violations de l'AMP et préserver les possibilités commerciales. L'art. XVIII:7(a) de l'AMP(2012) établit avec plus de précision que c'est bien le droit d'un fournisseur particulier de participer au marché qu'il s'agit de préserver par le recours aux mesures transitoires. L'art. XVIII:7(b) de l'AMP(2012) précise que les parties à l'accord sont tenues de prévoir, en cas de violation de l'AMP, des mesures correctives ou des procédures pour

compenser les pertes ou dommages subis par un soumissionnaire. Comme prévu à l'art. XX:7(c) de l'AMP(1994), les parties ont la possibilité de limiter l'indemnisation aux coûts liés à la préparation de l'offre ou aux coûts de la plainte. L'AMP(2012) précise que l'indemnisation peut englober de façon cumulative les coûts de l'offre et ceux de la plainte. Cette précision manque dans l'AMP(1994).

Art. XIX Modifications et rectifications du champ d'application

Les dispositions de l'art. XIX de l'AMP(2012) établissent une distinction entre les notifications de rectifications projetées qui ne modifient pas le champ d'application mutuellement convenu entre les parties de l'AMP(2012) et les autres types de modifications projetées des annexes de l'appendice I définis à l'art. II:2 de l'AMP(2012). Comme prévu à l'art. XXIV:6 de l'AMP(1994), l'art. XIX:1 de l'AMP(2012) impose une obligation de notification des projets de modifications et de rectifications. En vertu de l'art. XXII:5 de l'AMP(2012), qui reprend les engagements de l'art. XXIV:5 de l'AMP(1994), les parties doivent aussi notifier les changements intervenus dans leurs législations et réglementations sur les marchés publics.

Pour faciliter aux parties et entités l'exécution de ces différents engagements de notification, l'AMP(2012) favorise le recours aux moyens électroniques de communication. C'est la raison pour laquelle l'AMP(2012) contient à son appendice II une annexe A intitulée «Décision du Comité des marchés publics sur les prescriptions en matière de notification au titre des Articles XIX et XXII de l'Accord». Cette décision prévoit des règles allégées et clarifiées en autorisant des notifications annuelles des modifications apportées aux lois et réglementations et en acceptant des notifications tous les deux ans en ce qui concerne les rectifications des annexes de l'appendice I. Le système est articulé comme suit:

A) Rectifications qui ne modifient pas le champ d'application

La décision ci-dessus considère comme des rectifications au titre de l'article XIX de l'AMP(2012) qui ne modifient pas le champ d'application mutuellement convenu entre les parties une modification du nom d'une entité, la fusion de deux entités ou plus mentionnées dans une annexe ainsi que la séparation d'une entité mentionnée dans une annexe en deux ou plusieurs entités qui sont toutes ajoutées aux entités mentionnées dans la même annexe.

B) Modifications qui modifient le champ d'application

L'AMP(2012) instaure une nouvelle procédure lorsqu'une partie envisage de procéder à une modification ou une rectification du champ d'application de l'AMP(2012) négocié avec les autres parties. La volonté de clarifier et de rendre plus opérationnel le régime obsolète de l'AMP(1994) résulte surtout de l'ampleur prise par les privatisations des activités sectorielles auparavant gérées par des entreprises publiques ou par des autorités publiques. Les règles de l'AMP(1994) se sont avérées inefficaces pour traiter des requêtes d'exemption et de modification soumises par des parties intéressées (privatisation des chemins de fers, etc.). Le régime de l'AMP(2012) rend la procédure de modification du champ plus transparente et davantage adaptée aux

exigences actuelles en instaurant notamment un régime d'arbitrage. L'AMP(2012) définit et simplifie des notions telles que la «partie apportant la modification», la «partie formulant une objection», ainsi que les délais et les processus de consultation, d'arbitrage et de mise en œuvre des décisions prises.

L'arbitrage vise à faciliter la levée des objections lorsqu'une partie ne donne pas son accord à la modification du champ d'application de l'AMP(2012) souhaitée par une autre partie. Un tel mécanisme n'existe pas dans l'AMP(1994). Le fonctionnement de ce mécanisme sera assuré par des procédures d'arbitrage que le Comité des marchés publics a élaboré et adopté le 22 juin 2016, conformément au mandat de l'art. XIX:8(a) de l'AMP(2012). Lors de ces travaux, la Suisse s'est notamment engagée en faveur de la protection des intérêts et des droits des tierces parties dans une procédure d'arbitrage. Le régime de l'AMP(2012) prévoit à l'art. XIX:8(b) l'élaboration de critères indicatifs dont le but est de vérifier si le contrôle qu'un gouvernement exerce sur une entité adjudicatrice est bien éliminé. L'élaboration de ces critères est en cours. L'art. XIX:8(c) de l'AMP(2012) prévoit l'élaboration de critères pour déterminer le niveau des ajustements compensatoires devant être offerts par une «partie apportant la modification» lorsque la modification ne porte pas sur l'élimination du contrôle du gouvernement. Ces travaux sont en cours.

Comme prévu à l'art. XXIV:6 de l'AMP(1994), l'art. XIX:1 de l'AMP(2012) exige qu'une partie, soit la «partie apportant la modification», notifie au Comité des marchés publics un projet de rectification, de transfert d'une entité d'une liste d'engagement vers une autre, de retrait d'une entité ou de toute autre modification. L'art. XIX:1 distingue aussi les deux cas de figure de l'art. XXIV:6(a) et (b) de l'AMP(1994) que sont les notifications:

1) qui portent sur un retrait au motif que le contrôle ou l'influence exercée par un gouvernement a disparu et qui doivent contenir les preuves de l'élimination de ce contrôle (art. XIX:1(a)), et

2) qui portent sur toute autre modification et qui doivent contenir les renseignements sur les conséquences quant à l'étendue du champ d'application convenu entre les parties (art. XIX:1(b)).

Alors que l'art. XXIV:6 de l'AMP(1994) prévoyait un délai de 30 jours pour le dépôt d'une objection, l'art. XIX:2 de l'AMP(2012) permet à une «partie formulant une objection» de faire dans un délai de 45 jours une objection motivée. L'art. XIX:3 de l'AMP(2012) invite la «partie apportant la modification» et la «partie formulant une objection» à se consulter et à trouver une solution en s'appuyant sur les critères indicatifs de l'art. XIX:8(b) s'il s'agit d'une notification au titre de l'art. XIX:1(a). Les parties sont invitées à s'appuyer sur les critères de compensation de l'art. XIX:8(c) s'il s'agit d'une notification au titre de l'art. XIX:1(b). L'art. XIX:3(b) précise que des ajustements compensatoires seront offerts lorsqu'une notification ne porte pas sur le retrait d'une entité au motif que le contrôle ou l'influence du gouvernement n'existe plus. Les art. XIX:4, XIX:5 et XIX:6 de l'AMP(2012) définissent les conditions et modalités de consultation et de mise en œuvre de la requête de la «partie apportant la modification». Si les parties ne parviennent pas à un accord, c'est la procédure d'arbitrage prévue à l'art. XIX:7 qui interviendra. La procédure d'arbitrage est prévue pour faciliter la levée des objec-

tions. Elle peut être invoquée autant par la «partie apportant la modification» que par la «partie formulant une objection», ceci dans un délai de 120 jours suivant la distribution de la notification de la modification projetée. L'art. XIX:7 de l'AMP(2012) prévoit les modalités d'application de cette procédure d'arbitrage.

Art. XX Consultations et règlement des différends

L'art. XX de l'AMP(2012) clarifie et renforce l'art. XXII de l'AMP(1994). L'art. XX:1 demande en effet à une partie de ménager des possibilités adéquates de consultations, ce que l'AMP(1994) ne prévoyait pas expressément. L'art. XX:2 définit avec plus de clarté les litiges qui permettent à une partie de recourir aux dispositions du mémorandum d'accord sur le règlement des différends de l'OMC. Les consultations et le règlement des différends peuvent être actionnés si une partie estime qu'un avantage de l'AMP(2012) se trouve annulé ou compromis, ou si elle considère que la réalisation de l'un des objectifs de l'AMP(2012) est entravée du fait qu'une ou plusieurs autres parties ne remplissent pas les obligations contractées ou appliquent une mesure contraire aux règles de l'AMP(2012). L'art. XXII:10 de L'AMP(2012) prévoit que les parties examineront avant la fin de 2019 l'applicabilité de l'art. XX:2(b), selon lequel le règlement des différends peut intervenir pour examiner si une mesure appliquée par une partie est contraire ou non à l'AMP(2012). L'AMP(2012) a abandonné l'art. XXII:3 de l'AMP(1994) qui portait sur le rayon de compétences de l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'OMC. L'art. XX:3 de l'AMP(2012) procède au regroupement des dispositions de l'art. XXII:1, 3 et 7 de l'AMP(1994) et précise que le mémorandum d'accord sur le règlement des différends s'appliquera aux consultations et au règlement des différends dans le cadre de l'AMP(2012), à moins que des avantages au titre d'autres accords de l'OMC ne soient remis en cause.

Art. XXI Institutions

L'art. XXI:1 de l'AMP(2012) reprend l'art. XXI:1 de l'AMP(1994) établissant le Comité des marchés publics, qui est composé des représentants des parties de l'AMP. Par rapport à l'AMP(1994), les fonctions du comité sont précisées au niveau de la gestion des accessions de nouveaux membres. Ce qui est significatif par rapport à l'AMP(1994), c'est que les fonctions du comité sont élargies par la délégation de tâches nouvelles. Celles-ci sont d'abord liées à la mise en œuvre de l'art. XIX de l'AMP(2012) et concernent l'élaboration et l'adoption des procédures d'arbitrage, de critères indicatifs et des critères qui détermineront les compensations dans le rééquilibrage des concessions. Elles sont ensuite nécessaires pour la mise en œuvre des programmes de travail instaurés à l'art. XXII:8 de l'AMP(2012). L'AMP(2012) clarifie en outre les règles applicables à la participation des observateurs au sein du comité (art. XXI:4). La participation en qualité d'observateur est un droit de tout membre de l'OMC. Il suffit à un membre de l'OMC qui veut participer comme observateur de présenter un avis écrit au comité. L'AMP(2012) précise que c'est le comité qui peut accorder ce statut.

Art. XXII Dispositions finales

L'art. XXII de l'AMP(2012) couvre le fonctionnement et le développement futur de l'accord. Il porte sur l'entrée en vigueur de l'AMP(2012), les accessions d'autres membres de l'OMC, l'interdiction de formuler des réserves quant à la portée de l'AMP(2012), les exigences relatives aux législations nationales, l'engagement d'éviter de prendre des mesures restrictives et discriminatoires (*standstill*), le mandat relatif aux négociations futures, les travaux de suivi au titre des programmes de travail, les règles applicables aux amendements de l'AMP(2012), le retrait d'une partie, la non-application entre les parties, le champ d'application, le Secrétariat, le dépôt et l'enregistrement de l'AMP(2012).

L'art. XXII:4 de l'AMP(2012) exige que chaque partie assurera, au plus tard à la date où l'AMP(2012) entre en vigueur pour elle, la conformité des lois, réglementations et procédures administratives, ainsi que des règles, procédures et pratiques appliquées par ses entités. Le respect de cette exigence par la Suisse implique que la législation suisse sur les marchés publics soit adaptée aux engagements de l'AMP(2012). La Suisse sera en mesure de déposer l'instrument de ratification lorsque la compatibilité de sa législation avec l'AMP(2012) sera accomplie. Ceci suppose l'aboutissement préalable des travaux parallèles de révision, soit l'adoption du projet de loi sur les marchés publics (P-LMP) par le Parlement et l'adoption du message relatif à l'accord intercantonal révisé sur les marchés publics (P-AIMP par l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp).

Sous le titre «Négociations futures et programmes de travail futurs» sont énumérés trois aspects qui sont étroitement liés et qu'il convient d'apprécier en relation avec l'exécution du mandat de l'art. XXIV:7(c) de l'AMP(1994). En vertu de l'art. XXII:6 de l'AMP(2012), chaque partie doit s'efforcer d'éviter d'adopter ou de maintenir des mesures discriminatoires qui faussent les procédures ouvertes de passation des marchés. Cet engagement est un engagement de *standstill* favorable à la défense des intérêts des soumissionnaires suisses en matière d'accès au marché. L'art. XXII:7 comprend le mandat en vue du développement futur de l'AMP(2012). Se référant au modèle de l'art. XXIV:7 de l'AMP(1994), les parties ont décidé d'engager, trois ans après l'entrée en vigueur du protocole portant amendement de l'AMP, soit à partir du 7 avril 2017, de nouvelles négociations en vue d'améliorer le texte de l'AMP(2012), de poursuivre l'élimination progressive des mesures discriminatoires et d'étendre le plus possible son champ d'application entre toutes les parties sur une base de réciprocité. L'art. XXII:8 est l'instrument de soutien des négociations de révision. Il constitue la base juridique de l'exécution des programmes de travail futurs, le but étant de faciliter à la mise en œuvre de l'AMP(2012) et les négociations futures sur des aspects qui n'ont pas pu être pris en charge par l'AMP(2012). L'art. XXII:8(a) définit les cinq programmes prioritaires, le contenu de chacun de ces programmes étant décrit dans les annexes C à G de l'appendice 2 de l'AMP(2012). La Suisse a souhaité qu'un autre aspect majeur des marchés publics, soit la prise en charge des partenariats public-privé par l'AMP, soit pris en considération de façon prioritaire, ceci dans le cadre de l'art. XXII:8(a). Cette proposition a été acceptée. L'art. XXII a en effet été complété par un art. XXII:8(b), qui définit trois programmes additionnels à l'annexe B intitulée «Décision du Comité des marchés publics sur l'adoption de programmes de travail» de

l'appendice 2 de l'AMP(2012). Il s'agit de l'examen de l'utilisation, de la transparence et des cadres juridiques des partenariats public-privé, et de leur relation avec les marchés couverts (1), des avantages et inconvénients de l'élaboration d'une nomenclature commune pour les marchandises et les services (2) et des avantages et inconvénients de l'élaboration d'avis normalisés (3).

L'art. XXII:12 de l'AMP(2012) reprend les règles de l'art. XXIV:10(a) de l'AMP(1994) applicables au retrait d'une partie. Un retrait est possible et prendra effet à l'expiration d'un délai de 60 jours à compter de la date à laquelle le directeur général de l'OMC aura reçu par écrit la notification du retrait.

L'art. XXII:15 de l'AMP(2012) améliore la lisibilité de l'art. XXIV:12 de l'AMP(1994). Il précise que les appendices de l'AMP(2012) font partie intégrante de celui-ci.

2.2 Besoin d'adaptations du droit national suite à l'adoption de l'AMP(2012)

L'AMP(2012) contient quelques règles juridiquement contraignantes qui doivent impérativement être transposées en droit national. Il s'agit des dispositions assorties d'une obligation (*shall* en anglais). D'autres règles de l'AMP(2012) laissent aux parties la liberté d'adapter leurs législations dans un sens qui respecte les spécificités nationales. Il s'agit de règles facultatives ou de nature indicative, qui laissent en principe aux parties une certaine marge de manœuvre dans la transposition en droit national (expressions telles que *may* et *such as* en anglais). En Suisse, la transposition des règles contraignantes de l'AMP(2012) contribuera à une harmonisation des législations fédérale et intercantonale. Dans les domaines réglementés par des dispositions facultatives, une harmonisation additionnelle est également possible si les décideurs des niveaux fédéral et cantonal parvenaient à des vues et approches similaires en ce qui concerne la transposition de ces règles.

Le tableau I résume les principales dispositions contraignantes de l'AMP(2012), qui doivent être transposées dans le droit national des parties.

Tableau 1

Liste des principales dispositions contraignantes de l'AMP(2012)

Articles	Dispositions contraignantes	Destinataires visés
Art. I	Définitions	Parties et entités
Art. II	Portée et champ d'application (entités: voir en particulier par. 4 à 8)	Parties et entités
Art. III	Exceptions concernant la sécurité et exceptions générales (voir en particulier par. 2)	Parties
Art. IV	Principes généraux (par. 1 à 7)	Parties et entités
Art. V	Pays en développement (concerne les conditions d'accession des nouveaux membres)	Parties, entités et comité

Articles	Dispositions contraignantes	Destinataires visés
Art. VI	Renseignements sur le système de passation des marchés (voir les par. 1 à 3)	Parties et comité
Art. VII	Avis (voir les par. 1 à 3)	Entités
Art. VIII	Conditions de participation (voir les paragraphes 1 à 3).	Parties et entités
Art. IX	Qualifications des fournisseurs (voir les par. 2 à 6 et 8, 10, 11, 14 et 15)	Parties et entités
Art. X	Spécifications techniques et documentation relative à l'appel d'offres (voir les par. 1, 2, 4, 5, 7, 8, 10 et 11)	Entités
Art. XI	Délais (voir les par. 1 à 3, 6 et 8)	Entités
Art. XII	Négociations (voir le par. 2)	Parties et entités
Art. XIII	Appel d'offre limité (voir les conditions du recours à la procédure de gré à gré du par. 1 et l'exigence de transparence du par. 2)	Entités
Art. XIV	Enchères électroniques (si une entité souhaite recourir à cette méthode d'évaluation électronique des offres, les règles de l'art. XIV doivent impérativement être appliquées)	Entités
Art. XV	Traitement des soumissions et adjudications des marchés (voir les par. 1 à 5 et 7)	Entités
Art. XVI	Transparence des renseignements relatifs aux marchés (voir les par. 1 à 4)	Parties, entités et comité
Art. XVII	Divulgation de renseignements (voir les par. 1 à 3)	Parties et entités
Art. XVIII	Procédures de recours internes (voir les par. 1 à 7)	Parties et entités
Art. XIX	Modification et rectification du champ d'application (voir les par. 1 à 8)	Parties et comité
Art. XX	Consultations et règlement des différends (voir les par. 1 et 3)	Parties
Art. XXI	Institutions (voir les par. 1 et 3, qui concernent la surveillance et le suivi de la mise en œuvre de l'AMP(2012) et le par. 4 (observateurs)	Comité
Art. XXII	Dispositions finales (voir les par. 1, 2 et 4 à 18)	Parties et comité

2.3 Le champ d'application de l'AMP(2012)

Comme c'est le cas pour l'AMP(1994), l'AMP(2012) n'est applicable qu'à partir de valeurs de marché définies par des seuils exprimés en droits de tirage spéciaux (DTS) du Fonds monétaire international (FMI). En conformité avec l'art. II:2 et 4 de l'AMP(2012), c'est dans l'appendice I que chaque partie définit le niveau d'accès à son marché, appelé «marché couvert». A l'instar de l'AMP(1994), l'appendice I de l'AMP(2012) se compose d'abord d'un champ d'application personnel. Celui-ci

englobe les entités contractantes couvertes par une partie au niveau central (annexe 1), au niveau subterritorial (annexe 2) et au niveau des entreprises publiques (annexe 3). Cet appendice I se compose ensuite d'un champ d'application matériel qui englobe les biens (annexe 4), les services (annexe 5) et les services de construction (annexe 6) couverts par une partie. Enfin, l'appendice I contient des «notes générales» (annexe 7) dont la fonction est de permettre à chaque partie de préciser l'étendue du champ d'application, voire de prévoir des exceptions. L'annexe 4, qui précise que tous les biens sont couverts, n'existe pas dans l'AMP(1994).

Le présent chapitre porte sur l'accès au marché offert par la Suisse et sur l'accès au marché offert par les autres parties à la Suisse.

2.4 Accès au marché offert par la Suisse au titre de l'AMP(2012)

La position de la Suisse est présentée au ch. 1.3.

Seuils

La révision n'a pas abouti à un relèvement des seuils. Quatre parties – soit le Japon, la Corée, Israël et Aruba – ont réduit des seuils pour certains marchés. Ces pays exposent ainsi davantage à la concurrence internationale les marchés visés par ces réductions.

La Suisse avait envisagé en 2006 d'augmenter les seuils applicables aux achats de services des entités du gouvernement central de 130 000 à 200 000 DTS. Elle avait justifié sa position par des considérations d'efficience et de coûts des procédures. Cette hausse a été considérée par nos partenaires comme une réduction du niveau d'accès au marché et jugée incompatible avec le mandat de négociation de l'AMP(1994). Ils ne l'ont pas acceptée. A leur avis, le recours aux soumissions électroniques doit permettre de réduire les coûts des soumissions et de mettre sur pied des régimes efficaces du traitement des soumissions. Ces parties voulaient en outre éviter que d'autres parties ou membres de l'OMC en procédure d'accession ne remettent en cause le consensus réalisé en faveur des seuils de l'AMP(1994). Des mesures de rétorsions auraient pu être prises par certains partenaires pour rétablir l'équilibre des concessions. Cette évolution aurait affaibli la position de négociation de la Suisse. Après consultation des secteurs économiques les plus concernés, la Suisse est revenue en 2008 aux seuils de 130 000 DTS pour les services des entités du gouvernement central. Pour les cantons, le niveau des seuils n'a pas été discuté, ces derniers étant restés inchangés par rapport à l'AMP(1994).

Les seuils de l'AMP(2012) sont exprimés en droits de tirage spéciaux (DTS) et non pas en monnaie nationale des parties à l'accord. Conformément aux règles de l'OMC, qui sont restées inchangées par rapport à l'AMP(1994), les seuils doivent être convertis en monnaie nationale sur la base des exigences de l'OMC[31]. En accord avec l'art. 3, par. 4, de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse

31 Décision du 5 mars 1996 du Comité des marchés publics de l'OMC (GPA/I, annexe 3)

et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics[32], les règles de l'OMC sont également applicables pour la conversion des seuils de l'accord qui sont définis en DTS et en euros. La même procédure s'applique aux accords de libre-échange conclus par la Suisse. Dans ces conditions, les seuils en monnaie nationale des parties à l'accord peuvent varier, car la conversion, en l'occurrence les cours CHF/DTS et CHF/EUR pour ce qui est de la Suisse, s'effectue sur la base des cours de change observés au cours des deux années qui précèdent l'entrée en vigueur des seuils. Pour la Suisse, ceci veut dire que qu'elle doit examiner tous les deux ans les seuils des accords internationaux en matière de marchés publics et qu'elle doit les adapter conformément aux exigences de l'OMC en cas de besoin.

Annexe 1: Entités contractantes du niveau fédéral

La Suisse a choisi l'approche d'une soumission dynamique, complétée par une liste indicative. Le but consiste à délimiter et à clarifier le champ de la soumission des entités adjudicatrices au niveau du gouvernement central et à l'adapter de façon continue au développement de l'organisation du gouvernement et de l'administration fédérale. L'AMP(2012) couvrira toute autorité ou unité administrative centralisée et décentralisée de la Confédération au sens du droit public suisse, conformément à la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA)[33] et l'ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA)[34]. Les entités qui opèrent sous l'influence ou le contrôle de la Confédération et qui ne sont pas couvertes par l'OLOGA ne sont pas des entités au sens de l'annexe 1 de l'AMP(2012). Certaines parties à l'AMP, telles que les Etats-Unis et le Canada, maintiennent des listes fixes des entités. Ainsi, une entité qui n'apparaît pas sur la liste d'engagement de ces parties n'est pas une entité couverte. Les tribunaux de la Confédération ne sont pas soumis aujourd'hui aux règles de l'AMP. La Suisse a, dans son offre initiale du 13 mars 2006, proposé de soumettre le Tribunal fédéral, le Tribunal pénal fédéral, le Tribunal administratif fédéral, le Tribunal fédéral des brevets et le Ministère public de la Confédération aux règles de l'AMP(2012), à l'instar des entités fédérales et des autorités judiciaires cantonales soumises à l'AMP(1994). La plupart des parties mentionnent ces entités dans l'annexe 1. Au plan interne, il s'agit d'une contribution à l'effort d'harmonisation des champs de couverture aux niveaux fédéral et cantonal. La soumission des tribunaux de la Confédération aux règles des marchés publics exigera la mise en place d'une procédure de recours appropriée pour le traitement des recours qui porteraient sur les décisions que les autorités judiciaires fédérales prendront en relation avec leurs propres soumissions publiques. En vertu de l'art. XVIII:4 de l'AMP(2012), l'autorité administrative ou judiciaire en charge de juger un recours doit être indépendante de l'entité adjudicatrice.

La Poste figure désormais à l'annexe 3, restant entendu que la soumission aux règles des marchés publics sous l'AMP(2012) porte uniquement sur les services réservés

32 RS **0.172.052.68**
33 RS **172.010**
34 RS **172.010.1**

au sens de la loi du 17 décembre 2010 sur la poste[35]. Les activités soumises à la concurrence ne sont pas des marchés couverts. Ce transfert permettra à la Poste d'être soumise à partir d'un seuil de 400 000 DTS, alors que sous l'AMP(1994), ce seuil était de 130 000 DTS, vu que la Poste figurait à l'annexe 1.

La note relative l'annexe 1 sur l'exclusion d'activités des secteurs de l'eau potable, de l'énergie, des transports ou des télécommunications a été remplacée par une note qui privilégie une approche fonctionnelle. Celle-ci figure à l'annexe 7 de l'appendice I (voir ci-dessous).

Annexe 2: Entités contractantes des cantons

La Suisse a supprimé la note qui assure l'exclusion des activités à caractère commercial et industriel. Cette préoccupation est prise en charge par l'art. II:2 de l'AMP(2012), qui garantit le *statu quo* et qui s'applique à toutes les entités adjudicatrices couvertes par l'AMP(2012).

La note relative l'annexe 2 sur l'exclusion d'activités des secteurs de l'eau potable, de l'énergie, des transports ou des télécommunications a été remplacée par une note qui privilégie une approche fonctionnelle. Celle-ci figure à l'annexe 7 de l'appendice I (voir ci-dessous).

La Suisse a ouvert au Canada les marchés publics des cantons en contrepartie de l'accès de la Suisse aux soumissions des provinces du Canada (voir ch. 2.5).

L'étendue de l'accès aux communes est toujours spécifiée par la note de l'annexe 7. Dans la perspective des nouvelles adhésions, la Suisse a présenté une nouvelle formulation de cette note afin que tout nouveau membre de l'AMP(2012) n'ait pas automatiquement un accès aux soumissions des communes suisses. En effet, avec la formulation de l'AMP (1994), l'accès aux communes auraient *de facto* été donné à chaque nouvelle partie à l'AMP. Avec la formulation retenue dans l'AMP(2012), les marchés passés par les communes et districts suisses ne sont offerts que s'il existe un équilibre acceptable des engagements dans l'accès au marché et que si le nom du nouveau membre figure explicitement dans la note pertinente de l'annexe 7 de la Suisse. Avec l'AMP(2012), l'accès aux marchés des communes et des districts suisses est offert sur base de réciprocité à l'UE, aux membres de l'AELE et à l'Arménie. Alors que l'UE et les pays de l'AELE disposent déjà de l'accès aux communes et au districts en vertu de l'accord bilatéral Suisse-UE de 1999 sur les marchés publics et de la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association Européenne de Libre-échange[36] (convention AELE) modifiée en 2001 à cet effet à Vaduz, l'accès offert à l'Arménie est justifié par le fait que l'Arménie a offert ses communes en 2010 lors de son accession à l'AMP(1994). La Suisse n'avait pas accordé la réciprocité au moment de l'accession de l'Arménie à l'AMP(1994). Lorsque la Suisse aura ratifié l'AMP(2012), elle devra adapter l'accès aux districts et aux communes pour donner l'accès aux membres de l'AMP qui offrent l'accès aux districts et aux communes aux soumissionnaires suisses. Ce sera le cas pour le Monténégro et l'Ukraine, qui sont entre-temps devenus membres de l'AMP(2012) et

35 RS **783.0**
36 RS **0.632.31**

qui offrent à la Suisse l'accès aux soumissions de leurs districts et de leurs communes.

Annexe 3: Activités des secteurs couvertes

L'annexe 3 de l'AMP(2012) couvre des activités que des pouvoirs publics et des entreprises publiques exercent dans des secteurs particuliers et en accord avec le mandat défini par la législation appropriée des activités dans un intérêt public (eau potable, électricité, transport par chemin de fer urbain, systèmes automatiques, tramways, trolleybus, autobus ou câble, aéroports et ports intérieurs). Contrairement à l'UE, la Suisse n'a pas soumis le transport ferroviaire aux règles de l'AMP(2012). Ce secteur reste couvert par l'accord bilatéral Suisse-UE de 1999 sur certains aspects des marchés publics.

La Suisse a examiné la possibilité de recourir à une définition fonctionnelle pour remplacer le champ des activités couvertes par les notions de «pouvoirs publics» et «d'entreprises publiques». Ces notions sont définies à l'annexe 3. Elle est arrivée en 2011 à la conclusion qu'une définition fonctionnelle aboutissait à la soumission, sans contrepartie, des entités et activités offertes dans l'accord bilatéral Suisse-UE de 1999 sur les marchés publics, référence étant faite aux acteurs privés au bénéfice de droits exclusifs leur conférant une situation de monopole. Le transport ferroviaire de personnes couvert par l'accord bilatéral de 1999 aurait par exemple été couvert par l'AMP(2012). Face à ce risque, la Suisse a renoncé à maintenir la définition fonctionnelle proposée par elle en 2008. Elle a opté en faveur du maintien des définitions adoptées en 1994 sans apporter de changements à ces définitions. L'objectif consistait à signaler à nos partenaires commerciaux que l'étendue du champ de la couverture de l'annexe 3 n'a pas été modifiée par rapport à l'AMP(1994).

La Suisse a en outre prévu deux changements à l'annexe 3:

La mise à disposition de services postaux réservés au sens de la loi du 17 décembre 2010 sur la poste[37] est désormais couverte dans l'annexe 3. Les activités de la Poste qui sont exercées en concurrence avec d'autres acteurs du marché ne sont pas couvertes au titre de l'AMP(2012) comme c'était le cas avec l'AMP(1994) (annexe 1, note 2). Le seuil pertinent pour les marchés de la Poste encore soumis est donc 400 000 DTS.

L'annexe 3 de la Suisse contient une clause d'exemption, selon laquelle les marchés passés par les entités contractantes poursuivant une activité décrite dans l'annexe 3 ne sont pas des marchés couverts au sens de l'art. II de l'AMP(2012) lorsque cette activité est exposée à la pleine concurrence du marché. L'UE et les membres de l'AELE ont aussi prévu ce type de note dans leurs engagements au titre de l'annexe 3 de l'AMP(2012). Cette clause n'existe pas dans l'AMP(1994). Elle s'inspire de la clause d'exemption contenue dans l'art. 3, par. 5, de l'accord bilatéral Suisse- UE de 1999 sur certains aspects des marchés publics. La question de savoir si une activité est exercée dans un cadre de pleine concurrence, soit si un secteur particulier a été libéralisé et si la concurrence y règne, ne relève pas de la compétence d'une entité adjudicatrice en particulier. Selon le droit en vigueur, la compétence de décider incombe au Département de l'environnement, des transports, de

37 RS **783.0**

l'énergie et de la communication (DETEC). Avant de prendre sa décision, le DETEC invite la Commission de la Concurrence (COMCO) à procéder à une analyse. L'exemption d'un secteur libéralisé ou exposé pleinement à la concurrence sur la base de la note 2 de l'annexe 3 de l'appendice I de l'AMP ne doit par ailleurs pas être confondue avec l'application des dispositions de l'art. II:2(a)(ii) de l'AMP(2012). Dans le premier cas, il s'agit de l'exemption de secteurs, soit de toutes les entités adjudicatrices qui opèrent dans ces secteurs. Dans le deuxième cas, il s'agit d'activités concurrentielles d'entités soumises aux règles des marchés publics. Dans ce cas, c'est l'entité adjudicatrice qui décide si une attribution de marché sert à une activité concurrentielle, cette décision devant pouvoir faire l'objet d'un examen par une autorité de recours.

Annexe 4: Biens couverts

L'annexe 4 couvre explicitement tous les biens. Cette nouvelle annexe pour les biens a initialement été suggérée par les Etats-Unis. La Suisse a soutenu l'approche qui améliore la transparence quant à l'étendue du champ objectif de couverture de l'AMP(2012). Dans l'AMP(1994) tous les biens étaient considérés comme couverts. Cette approche n'était pas cohérente avec celle de l'appendice 1 de l'AMP(1994) utilisée pour couvrir les entités, les services et les notes générales.

L'annexe 4 de l'AMP(2012) contient pour la Suisse la liste des biens pour lesquels le Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports (DDPS) et d'autres entités en Suisse en charge de la défense et de la sécurité, telles que par exemple l'Administration fédérale des douanes (AFD), en ce qui concerne l'équipement des gardes-frontière et des douaniers, doivent procéder par une soumission publique. Dans l'AMP(1994), la liste était intégrée dans l'annexe 1. Les listes positives de l'AMP(1994) et de l'AMP(2012) ne sont pas identiques. Par rapport à l'AMP(1994), la Suisse a élargi la couverture dans les domaines des produits chimiques, des produits en caoutchouc, des peaux et des ouvrages en cuir, des textiles et des chaussures. Elle a par contre réduit ses engagements au titre de la soumission publique notamment dans le domaine des machines, des appareils et du matériel électrique.

Annexe 5: Services couverts

La Suisse a élargi l'étendue de la liste des services couverts par l'AMP(1994) et ceci sur la base d'une stricte réciprocité. En effet, l'annexe 5 de la Suisse précise que l'accès est accordé à un fournisseur seulement si l'annexe 5 de la partie du fournisseur couvre aussi ce service. La note est motivée par le fait que la Suisse et d'autres acteurs tels que l'UE et les pays de l'AELE, offrent des services économiquement pertinents du point de vue des achats publics. Pour assurer un équilibre des engagements, la Suisse souhaite que ses partenaires offrent le même type d'accès dans le domaine de services et pas seulement des services qui ne seraient pas pertinents du point de vue des opportunités effectives d'accès des firmes suisses aux marchés mondiaux. Les extensions offertes par la Suisse portent sur onze positions de services. La Suisse a en plus supprimé, sur base réciproque, les exceptions qui limitent l'accès aux marchés de services de télécommunication (téléphonie vocale, télex, radiotéléphonie, radio messagerie et télécommunications par satellite). L'UE et les pays de l'AELE ont procédé aux mêmes suppressions.

En l'état, les entités couvertes par l'accord bilatéral Suisse –UE de 1999 sur certains aspects des marchés publics restent par contre soumises aux engagements d'accès au marché de l'AMP(1994), conformément à l'annexe VI dudit accord bilatéral. Dans ces conditions, il se pose maintenant la question de savoir si la Suisse, l'UE et les partenaires de l'AELE de la Suisse, soit la Norvège, le Liechtenstein et l'Islande, souhaitent étendre tous les achats de services de télécommunications aux entités couvertes par l'accord bilatéral Suisse-UE sur les marchés publics et aux entités couvertes par la convention AELE. Conformément à l'accord de Vaduz du 21 juin 2001, la convention AELE s'étend aux entités que la Suisse couvre au titre de l'accord bilatéral Suisse-UE et que nos partenaires de l'AELE soumettent aux règles des marchés publics dans le cadre de l'Espace Economique Européen (EEE). La question a déjà été soulevée par la Suisse au sein du Comité mixte de l'accord bilatéral Suisse-UE.

Les services suivants sont désormais inclus dans la liste des engagements de la Suisse (classification des services selon les engagements initiaux pris par la Suisse dans le cadre de l'Accord Général du 15 avril 1994 sur le commerce des services (AGCS)[38] (document (MTN.GNS/W/120[39])):

Services désormais couverts	**Classification** CPC (classification centrale des produits des Nations Unies)
Services d'hôtellerie et autres services d'hébergement analogues	641
Services de restauration et de vente de boissons à consommer sur place	642, 643
Services d'agences de voyages et d'organisateurs touristiques	7471
Services de télécommunications	752
Services immobiliers à forfait ou sous contrat	822
Services de location simple ou en crédit-bail de machines et de matériel, sans opérateur	83106-83109
Services de location simple ou en crédit-bail d'articles personnels et domestiques	partie de 832
Services de conseils en matière de droit du pays d'origine et de droit international public	partie de 861
Services de conseil fiscal	863
Services de conditionnement	876
Services de conseil annexes à la sylviculture	partie de 8814

L'extension partielle aux services de conseils en matière de droit du pays d'origine et de droit international public de la position CPC 861 a été réalisée pour répondre à une demande du Canada. L'expression «partie de» traduit le fait que l'extension est

38 RS **0.632-20** (annexe II.1B)
39 www.seco.admin.ch>Economie extérieure et Coopération économique > Relations économiques > Commerce international des services

partielle. En effet et comme c'est aussi le cas pour le Canada, les services de conseil juridique liés par exemple à la défense des intérêts de la Confédération dans une procédure ou les conseils juridiques relatifs à l'ouverture possible d'une procédure judiciaire ne sont pas des marchés couverts au sens de l'AMP(2012).

L'annexe 5 maintient l'exclusion prévue à l'annexe 4 de l'AMP(1994) et en vertu de laquelle les services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers ainsi que les services fournis par les banques centrales ne sont pas des marchés couverts au titre de l'AMP(2012). L'annexe 5 de l'UE contient une exclusion similaire, transposée par le biais de l'art. 10, let. e, de la directive 2014/24/UE.

Annexe 6: Services de construction couverts

La Suisse couvre tous les services de construction de la division 51 de la classification centrale des produits (selon document (MTN.GNS/W/120[40]) et ceci également sur la base d'une stricte réciprocité. En effet, l'annexe 6 de la Suisse précise que l'accès est accordé à un fournisseur seulement si l'annexe 6 de la partie du fournisseur couvre la même position de service de construction qui fait l'objet du marché. Dans ses engagements au titre de l'AMP(2012), l'UE a subdivisé les marchés de construction en marchés publics considérés comme des «services de construction» et en marchés attribués sous la forme de «concessions de travaux». La Suisse figure parmi les pays qui ont accès à ces marchés de concession de travaux. Lors des négociations de révision, elle a expliqué que son système légal ne prévoit pas une réglementation au sens des directives de l'UE pour les concessions de travaux. La législation suisse sur les marchés publics ne prévoit pas non plus une interdiction pour l'attribution d'un marché sous la forme d'une concession de travaux. En dépit de l'existence possible de cas isolés, la Suisse a fait comprendre qu'à la lumière de l'ordre juridique existant, il ne lui est pas possible d'offrir la réciprocité en matière d'attribution de concessions de travaux. En effet, les soumissions de ses entités adjudicatrices sont, en règle générale, traitées sous la forme de services de construction au sens de l'AMP. L'accès des soumissionnaires suisses aux concessions de travaux de l'UE est explicitement assuré au titre de l'annexe 6 de l'UE. L'UE a donné son accord de principe pour un échange de lettres entre la Commission Européenne et le chef du Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) assurant que la Suisse couvrira les concessions de travaux le jour où la législation suisse aurait instauré un tel régime.

Annexe 7: Notes générales

La Suisse a adapté les notes générales relatives à la réciprocité de l'accès offert par d'autres parties. C'est en particulier le cas pour le Canada, qui offre les provinces et certains produits et pour la République de Corée et Israël, qui offrent l'accès aux transports urbains.

La Suisse a aussi formulé la note relative à l'accès aux marchés publics des communes de façon à ce que les nouveaux membres de l'AMP n'aient pas un accès

40 www.seco.admin.ch >Economie extérieure et Coopération économique > Relations économiques > Commerce international des services

automatique à ces marchés comme cela était le cas avec la formulation de l'AMP(1994). L'annexe 7 de l'AMP(2012) exclut du champ d'application de l'accord les prestations exécutées par un adjudicateur en interne ou par des adjudicateurs distincts dotés de la personnalité juridique (opérations *in house*). Le législateur suisse peut prévoir des règles qui assurent que les marchés conclus entre entités soumises aux règles de l'AMP ne sont pas des marchés couverts par l'AMP(2012) en Suisse. Dans la transposition en droit national, la Suisse devra veiller à ce que cette note autonome de la Suisse en faveur des opérations dites *in house* ou *in state* puisse couvrir des exceptions qui ont été supprimées au terme de la révision de l'AMP dans l'objectif d'améliorer la clarté de l'appendice I de la Suisse et d'alléger celui-ci. Il est en particulier fait référence à d'anciennes exceptions de la Suisse, qui figurent dans l'annexe 3 et l'annexe 4 de l'appendice I de l'AMP(1994).

L'annexe 7 prévoit une approche fonctionnelle pour assurer que les achats en provenance d'acteurs au bénéfice d'un droit exclusif pour la fourniture de biens et de services – tels que l'eau potable ou l'énergie - ne soient pas des marchés couverts au titre de l'AMP(2012).

L'annexe 7 prévoit aussi une disposition clarifiant que le placement des fonds des assurés par des organismes de droit public, tels que les assurances publiques ou les caisses de pensions, ne sont pas des marchés couverts au titre de l'AMP(2012). En vertu de la note de bas de page de l'annexe 5, les services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres sont déjà exemptés du champ de couverture de l'AMP(2012). Il s'agit ici uniquement d'une clarification additionnelle, qui ne restreint en aucun cas le champ d'application de la note de bas de page de l'annexe 5.

2.5 Accès au marché offert par les autres parties à l'AMP(2012)

L'UE a adopté une définition fonctionnelle pour couvrir les entités contractantes. Elle a par ailleurs supprimé les réserves qui limitaient l'accès à certains marchés publics portant sur l'acquisition de services de télécommunications. Par conséquent, l'UE soumet dorénavant toutes les acquisitions de services de télécommunication (CPC 752) aux règles des marchés publics. Sur une base de réciprocité, l'UE a ainsi supprimé les exceptions qui limitaient jusqu'ici l'accès aux marchés des télécommunications (téléphonie vocale, télex, radiotéléphonie, information par radio, télécommunication par satellite; voir ch. 2.4). L'UE soumet désormais le secteur ferroviaire, sur une base de réciprocité. La Suisse n'est pas directement touchée par cette extension, car en vertu de l'accord bilatéral Suisse-UE sur les marchés publics, les fournisseurs suisses bénéficient de l'accès aux marchés ferroviaires de l'UE. Pour eux, la concurrence va toutefois s'intensifier, même si les fournisseurs suisses bénéficient, avec le seuil de 400 000 euros prévu par l'accord bilatéral, d'un accès légèrement plus avantageux. L'UE a par ailleurs adapté le champ de couverture de l'annexe 6 relative aux services de construction en distinguant les «services de construction» et les «concessions de travaux».

Les Etats-Unis ont élargi le nombre des entités contractantes au niveau du gouvernement central. Parmi les entités désormais couvertes figurent la *Social Security Administration* et la *Transportation Security Administration*, dont le mandat consiste à assurer le contrôle de la sécurité, notamment dans les aéroports. Ces activités de contrôle étaient privatisées mais dans le suivi des événements du 11 septembre 2001, elles sont devenues des activités relevant de la compétence des autorités du gouvernement des Etats-Unis. Les dépenses en 2010 de la *Social Security Administration* ont atteint près de 1,4 milliard de dollars américains et celle de la *Transportation Security Administration*, près de 2 milliards. Au niveau subterritorial, le nombre des Etats fédérés soumis n'a pas changé et reste de 37 dans l'AMP(2012). Les Etats-Unis comptent 50 Etats fédérés, si bien que 13 Etats fédérés ne sont pas encore soumis aux règles des marchés publics.

Le Canada soumet toutes ses provinces aux règles des marchés publics. Ce pas contribue à améliorer de façon substantielle la portée de l'AMP(2012). A l'instar des Etats-Unis, le Canada applique un seuil de 355 000 DTS à l'accès aux achats des provinces. Ce seuil est plus élevé que celui de 200 000 DTS appliqué par les membres de l'UE, la Norvège et la Suisse. En contrepartie des seuils des provinces canadiennes plus élevés que les seuils applicables aux achats des cantons suisses, le Canada a offert à la Suisse l'accès aux marchés publics des transports urbains. Ces marchés sont exécutés par *Rail Canada Inc.*, qui figure à l'annexe 3 de l'appendice I du Canada. Le Canada a par ailleurs soumis les services de comptabilité, d'audit et de tenue de livres, les services de nettoyage de bâtiments et les services de gestion de propriétés aux règles de l'AMP(2012).

Le Japon a réduit de 130 000 DTS à 100 000 DTS les seuils des soumissions de biens et de services des entités du niveau central. Le Japon a aussi réduit de 15 millions de DTS à 4,5 millions de DTS les seuils des services de construction pour les marchés de certaines entités, par exemple pour les constructions de *Japan Post*. Il a étendu le champ d'application du niveau subterritorial en y ajoutant cinq agglomérations urbaines, qui englobent environ 5,7 millions de personnes et dont les marchés publics se montent à environ un milliard de dollars par an. Le Japon et la République de Corée maintiennent pour la plupart des services de construction des seuils trois fois plus élevés que les autres parties de l'AMP(2012).

La République de Corée a augmenté la couverture de certaines entités centrales. Au niveau subterritorial, elle couvre désormais notamment *Ulsan Metropolitan City* avec des seuils de 400 000 DTS pour les biens et les services. Elle a réduit ses seuils de 450 000 DTS à 400 000 DTS pour l'accès aux marchés des entités des secteurs couvertes par son annexe 3. Elle a par ailleurs étendu le nombre des services couverts. Elle couvre tous les marchés de construction. Elle n'a par contre pas été prête à réduire les seuils des marchés de construction, qui se montent à 15 millions de DTS. La République de Corée a offert les chemins de fer mais elle a exclu notamment la Norvège et la Suisse, ces pays n'étant pas prêts à ouvrir l'accès aux marchés ferroviaires dans le cadre de l'AMP(2012). La Corée et la Suisse ont par contre ouverts leurs marchés respectifs des transports urbains. La Suisse aura donc désormais accès aux soumissions relatives aux transports urbains des entités coréennes. Ces soumissions sont opérées par les entités suivantes: Seoul Metro, Seoul Metropolitan Rapid Transit Corporation, Incheon Metro, Busan Transportation Corporation,

Daegu Metropolitan Transit Corporation, Daejon Metropolitan Express Transit Corporation and Gwangju Metropolitan Rapid Transit Corporation.

Le Taipei chinois est devenu partie à l'AMP(1994) lorsque les négociations en vue de l'AMP(2012) étaient déjà à un stade avancé. Il a néanmoins étendu sa couverture au niveau subterritorial. Malgré des interventions multiples, y compris à la capitale Taipei et en coopération avec l'UE et nos partenaires de l'AELE, le Taipei chinois n'était pas en mesure de lever certaines restrictions qui affectent l'accès aux marchés publics de transformateurs électriques dans l'AMP(2012).

Israël a ouvert l'accès aux transports urbains aux fournisseurs de la Suisse. Il a étendu la liste des marchés publics de services couverts, notamment les services de télécommunication, les services financiers et les services d'ingénierie. Il s'est en outre engagé à supprimer progressivement le régime des opérations de compensation (*offsets*) dans le domaine non militaire. En raison de ces opérations de compensation, proscrites par l'AMP1994 et par l'AMP(2012), Israël constituant la seule exception à une règle acceptée par les parties, l'attribution d'un marché est conditionné par l'engagement d'un fournisseur à acheter des produits du pays qui attribue le marché. En plus, Israël s'est engagé à réduire, six ans après l'entrée en vigueur de l'AMP(2012), les seuils des soumissions des marchés de constructions de 8,5 millions à 5 millions de DTS.

La Norvège a supprimé une réserve de portée générale qui l'autorisait à ne pas appliquer l'AMP(1994) en vertu de considérations sécuritaires internes. Cette suppression augmente la sécurité juridique quant aux engagements de la Norvège. La mesure facilitera aussi les négociations d'accession de nouveaux membres à l'AMP(2012), de même que les négociations de l'AELE avec ses partenaires de libre-échange. Certains partenaires de libre-échange insistaient pour disposer de réserves similaires à la Norvège dans leurs propres listes d'engagement. La Norvège, le Liechtenstein et l'Islande ont, à l'instar de l'UE et de la Suisse, supprimé, sur une base de réciprocité, les exceptions qui limitaient jusqu'ici l'accès aux marchés des télécommunications (téléphonie vocale, télex, radiotéléphonie, information par radio, télécommunication par satellite; ch. 2.4).

Aruba a réduit de 130 000 à 100 000 DTS les seuils des marchés de biens et de services des entités adjudicatrices au niveau central de gouvernement. S'agissant des soumissions de services de construction des entités du niveau central de gouvernement, il a réduit les seuils de 5 millions à 4 millions de DTS.

2.6 Besoins d'adaptations des législations suite aux engagements de la Suisse

Selon la nature de l'engagement de la Suisse au titre de l'accès au marché, la transposition des engagements de l'AMP(2012) au titre de l'accès au marché implique soit une adaptation des législations fédérale et cantonales, soit uniquement une adaptation de la législation fédérale, soit uniquement une adaptation des législations cantonales. Le niveau des seuils ne change pas avec l'AMP(2012).

Le tableau II résume les adaptations à entreprendre suite aux concessions accordées et aux flexibilités contenues dans les sept annexes de l'appendice I de l'AMP(2012).

Tableau 2

Adaptations des législations fédérale et intercantonale suite aux flexibilités prévues et aux engagements de la Suisse conformément aux sept annexes de l'appendice 1 de l'AMP(2012)

Annexes	Adaptation Confédération	Adaptation Cantons/Communes
Seuils	Les seuils de l'AMP(2012) sont exprimés en DTS et pas en monnaie nationale e. Conformément aux règles de l'OMC qui n'ont pas été modifiées par rapport à l'AMP(1994), les seuils doivent être convertis en monnaie nationale (voir ch. 2.4). Ceci signifie que les seuils doivent être examinés tous les deux ans et adaptés en cas de besoin. Les seuils en monnaie nationale varient car la conversion FS/DTS et FS/EUR est basée sur les cours observés au cours des 2 années qui précèdent l'entrée en vigueur des seuils.	Les seuils de l'AMP(2012) sont exprimés en DTS et pas en monnaie nationale. Conformément aux règles de l'OMC qui n'ont pas été modifiées par rapport à l'AMP(1994), les seuils doivent être convertis en monnaie nationale (voir ch. 2.4). Ceci signifie que les seuils doivent examinés tous les deux ans et et adaptés en cas de besoin. Les seuils en monnaie nationale varient car la conversion FS/DTS et FS/EUR est basée sur les cours observés au cours des 2 années qui précèdent l'entrée en vigueur des seuils.
1 (niveau central)	La soumission des tribunaux de la Confédération exige également des règles au cas où des décisions de ces tribunaux relatives à leurs soumissions feraient l'objet d'un recours d'un fournisseur. C'est notamment le cas de recours éventuels qui porteraient sur les soumissions du Tribunal fédéral	
2 (niveau subterritorial)		Ouverture des marchés publics cantonaux aux fournisseurs du Canada; Ouverture des marchés publics des communes aux fournisseurs de l'Arménie; Les fournisseurs du Canada, de la Corée et d'Israël ont accès aux marchés des transports urbains en Suisse
3 (secteurs)	Les soumissions publiques de la Poste sont limités aux services réservés et le seuil applicable se monte à 400 000 DTS car la Poste figure désormais dans l'annexe 3 de l'appendice 1 de l'AMP(2012)	

Annexes	Adaptation Confédération	Adaptation Cantons/Communes
4 (biens)	Adaptation de la liste des produits militaires qui est différente dans l'AMP(1994) et dans l'AMP(2012)	
5 (services)	Extension de la liste des services couverts pour certains membres de l'AMP(2012). La Suisse est tenue de donner accès aux soumissionnaires des membres qui couvrent le service faisant l'objet du marché dans leurs listes d'engagements	Extension de la liste des services couverts pour certains membres de l'AMP(2012). La Suisse est tenue de donner accès aux soumissionnaires des membres qui couvrent le service faisant l'objet du marché dans leurs listes d'engagements
6 (services de construction)	Pas d'adaptations. Au cas où la législation suisse autoriserait le recours aux concessions de travaux, la Suisse devrait donner accès aux soumissionnaires de l'UE, des pays de l'AELE et de certains partenaires de libre-échange. Les fournisseurs suisses ont en effet déjà accès à ces marchés.	Pas d'adaptations. Au cas où la législation suisse autoriserait le recours aux concessions de travaux, la Suisse devrait donner accès aux soumissionnaires de l'UE, des pays de l'AELE et de certains partenaires de libre-échange. Les fournisseurs suisses ont en effet déjà accès à ces marchés.
7 (notes générales)	Possibilité de prévoir des règles qui portent sur l'exclusion des marchés réalisés entre entités contractantes soumises au titre des annexes 1, 2 et 3 aux règles de l'AMP(2012) (*in house*). Prendre en compte certaines exemptions des annexes 3 et 4 de la Suisse qui ont été supprimées par rapport à l'AMP(1994). Exigence de soumettre aux règles des marchés publics les produits et les services des secteurs lorsque les activités de ces secteurs ne font plus l'objet d'un monopole et que les entités de ces secteurs ne sont plus soumises aux règles des marchés publics.	Possibilité de prévoir des règles qui portent sur l'exclusion des marchés réalisés entre entités contractantes soumises au titre des annexes 1, 2 et 3 aux règles de l'AMP(2012) (*in house*). Prendre en compte certaines exemptions des annexes 3 et 4 de la Suisse qui ont été supprimées par rapport à l'AMP(1994) Exigence de soumettre aux règles des marchés publics les produits et les services des secteurs lorsque les activités de ces secteurs ne font plus l'objet d'un monopole et que les entités de ces secteurs ne sont plus soumises aux règles des marchés publics.

2.7 Les programmes de travail

Les programmes de travail thématiques sont les instruments par lesquels les parties se sont engagées à réaliser, sous le régime de l'AMP(2012), le volet du mandat de l'art. XXIV:7 de l'AMP(1994) qui porte sur la réduction, voire l'élimination des mesures discriminatoires dispersées dans les notes spécifiques de l'appendice I de l'AMP(1994) de différentes parties. Au titre de leur décision du 30 mars 2012 relative à l'appendice 2, les parties ont adopté cinq décisions relatives à cinq pro-

grammes de travail thématiques, conformément à l'art. XXII:8(a) de l'AMP(2012). Elles ont également adopté une décision qui porte sur des programmes de travail relatifs à des sujets additionnels, conformément à l'art. XXII:8(b)(i) de l'AMP(2012). Les six décisions figurent aux annexes B à G de l'appendice 2 de l'AMP(2012), dont elles sont une partie intégrante; elles ne sont toutefois pas visées par l'arrêté d'approbation soumis au Parlement et sont donc simplement jointes au présent message. Tous les programmes de travail se situent dans la perspective de l'engagement de *standstill* inscrit à l'art. XXII:6 et dans la perspective de la réalisation du mandat de la révision de l'AMP(2012) incorporé dans l'art. XXII:7:

1) L'*annexe B* est la décision du 30 mars 2012 du Comité des marchés publics, qui porte sur les programmes de travail relatifs aux sujets additionnels par rapport à ceux énumérés à l'art. XXII:8(a) et qui seront entrepris ultérieurement. Ceux-ci portent sur l'utilisation, la transparence et le cadre juridique des partenariats public-privé, les avantages et inconvénients de l'élaboration d'une nomenclature commune pour les marchandises et les services et les avantages et inconvénients de l'élaboration d'avis normalisés.

2) L'*annexe C* porte sur le programme pour les petites et moyennes entreprises (PME) initié par la Suisse. Il vise à assurer la transparence des mesures qui affectent l'accès des PME avec l'objectif d'améliorer les conditions d'accès de celles-ci aux marchés publics. Les engagements de certains membres – tels que les Etats-Unis, la Corée, le Japon et le Canada – prévoient des réserves autorisant ces pays à appliquer des mesures préférentielles en faveur de PME nationales. Le programme pour les PME définit la méthode qui doit permettre d'analyser les motivations et les effets de ces mesures. Le but ultime, initialement défini par la Suisse, est l'application du principe de non-discrimination de l'AMP(2012) à l'accès des PME aux marchés mondiaux. En effet, les PME représentent au moins 80 % dans la structure économique du pays. Il n'est pas admissible que celles-ci soient discriminées dans l'accès aux marchés publics. C'est la raison pour laquelle le programme se réfère explicitement au *standstill* de l'art. XXII:6 de l'AMP(2012) et que ce *standstill* figure explicitement au point 2 de la décision C de l'appendice 2 de l'AMP(2012). Ces nouvelles règles devraient aider les autorités suisses à intervenir en cas de difficultés dans l'accès des PME suisses aux marchés mondiaux.

3) L'*annexe D* est la décision du 30 mars 2012, concernant le programme sur l'établissement et la communication de données statistiques. Ce programme est motivé par la nécessité d'instaurer une approche consensuelle en faveur de la récolte de statistiques. Il vise à créer la transparence quant aux méthodes utilisées par les parties et à harmoniser les statistiques.

4) L'*annexe E* est la Décision du 30 mars 2012 relative au programme sur les marchés publics durables. Son but est de clarifier la portée de la notion de «marchés publics durables» dans la perspective de l'art. IV:1 de l'AMP(2012). Cette notion réunit des aspects économiques, environnementaux et sociaux. L'AMP(2012) aborde aux art. X:6 et X:9 les aspects environnementaux sous l'angle de l'engagement de non-discrimination. Le champ d'application de ces engagements doit être clarifié davantage, par exemple au sujet du rôle des procédés de production et des interrelations avec les conditions d'exception de l'art. III:2, etc. Le rôle des aspects sociaux par rapport aux marchés publics ne fait pas l'objet d'un consensus

entre membres de l'AMP à l'heure actuelle. Cette réalité renforce la pertinence du programme, d'abord proposé par l'UE. La Suisse a fait savoir que le consensus éventuel des membres pourrait se réaliser autour de la prise en compte explicite des huit conventions de base de l'Organisation internationale du Travail (OIT), dont toutes les parties à l'AMP sont membres. La Suisse a déclaré qu'elle utilise depuis 2010 les conventions de base de l'OIT de façon autonome comme jalon de référence pour évaluer les prestations relatives aux marchés publics exécutées à l'étranger.

5) L'*annexe F* est la décision du 30 mars 2012 du Comité des marchés publics qui porte sur le programme sur les exclusions et restrictions. En vertu de l'art. XXII:6, chaque partie doit s'efforcer d'éviter d'adopter ou de maintenir des mesures discriminatoires qui créent des distorsions dans les conditions de l'accès au marché. Le but est de contribuer à l'extension de l'accès au marché là où cette extension est possible avant le début des négociations de révision de l'AMP(2012). En vertu de l'art. XXII:7 de l'AMP(2012), ces négociations débuteront en 2017 et porteront sur l'élimination des mesures discriminatoires. Le deuxième but du programme sur les exclusions et restrictions est précisément de préparer et de faciliter la réalisation future du mandat de négociation de l'art. XXII:7 de l'AMP(2012).

6) L'*annexe G* concerne le Programme sur les normes de sécurité dans les marchés publics internationaux. Ce programme portera sur la façon dont les règles sur les spécifications techniques de l'art. X de l'AMP(2012) permettent de répondre aux objectifs de sécurité publique, notamment dans le secteur des transports. Proposé initialement par l'UE, le programme vise à améliorer les conditions d'accès sur les marchés des infrastructures de transports urbains, en particulier dans certains pays asiatiques.

3 Mise en œuvre aux plans fédéral et cantonal

Accord de droit international public, l'AMP constitue le cadre du droit suisse des marchés publics. Au niveau fédéral, sa mise en œuvre avait exigé, en 1994, l'adoption de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP)[41] et de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (OMP)[42]. Au niveau intercantonal, l'AMP a été transposé au moyen de l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP) et des directives d'exécution, élaborées pour les cantons sous la forme de recommandations. L'AIMP a été révisé le 15 mars 2001[43]. La transposition des règles juridiquement contraignantes des domaines réglementés par l'AMP(2012) exige une adaptation de la LMP et de l'AIMP. Ces adaptations de la législation suisse, en particulier le renforcement de la gouvernance et l'introduction de nouvelles flexibilités, répondent aux besoins de la Confédération et des cantons. Suite à l'adoption de l'AMP(2012), le Conseil fédéral et l'AiMp ont saisi l'occasion de la transposition des exigences de l'AMP(2012) pour procéder également à une harmonisation parallèle de leurs législations respectives. L'adaptation s'étend de ce fait au champ des marchés dont la valeur se situe en

41 RS **172.056.1**
42 RS **172.056.11**
43 www.bpuk.ch > Concordats > AIMP

dessous des seuils à partir desquels les règles de l'AMP(2012) sont applicables. La révision totale de la LMP (P-LMP) fait l'objet d'un message séparé du Conseil fédéral qui est soumis au Parlement en parallèle avec le présent message. Conformément à l'art. XXII:4 de l'AMP(2012), l'AMP(2012) ne peut être ratifié que si les membres ont adapté leur législation nationale aux engagements de l'AMP(2012). La réalisation de l'objectif d'harmonisation parallèle des législations fédérale et cantonales des marchés publics retarde, notamment en raison des compétences particulières de la Confédération et des cantons, la procédure de ratification. En même temps, elle aboutit à une solution globale équilibrée, qui constitue une contribution importante en faveur d'une pratique cohérente des soumissions publiques en Suisse.

La transposition de l'AMP(2012) en droit interne contribuera au rapprochement des régimes des marchés publics aux niveaux fédéral et intercantonal. En plus, cette transposition permet à la Suisse de disposer de régimes des marchés publics non seulement conformes aux exigences de l'AMP(2012) mais également à celles de l'accord bilatéral Suisse-UE sur les marchés publics et des accords de libre-échange conclus par la Suisse avec des pays tiers qui ne sont pas des membres de l'AMP. L'AMP(2012) ouvre de surcroît des perspectives de participation à de nouveaux marchés. Enfin, les nouvelles règles de coopération ouvrent des possibilités d'adhésion facilitées à de nouveaux membres ce qui offrira aux soumissionnaires suisses des chances inédites d'accès et de création d'activités.

4 Conséquences de l'accord et de l'acte de mise en œuvre

4.1 Conséquences sur l'accord bilatéral Suisse-UE sur les marchés publics

L'accord bilatéral du 21 juin 1999 entre la Suisse et l'UE sur certains aspects des marchés publics[44] se réfère explicitement à l'AMP(1994), qui a été remplacé par l'AMP(2012), lequel sera applicable aux deux parties lorsque la Suisse aura ratifié l'AMP(2012). Les références de l'accord bilatéral à l'AMP(1994) sont de ce fait à interpréter comme des références à l'AMP(2012). Pour des raisons de sécurité du droit, il est proposé que la Suisse s'engage au sein du Comité mixte de l'accord bilatéral en faveur de l'adoption d'une note interprétative commune qui confirme cette interprétation. L'AMP(2012) n'affecte pas le niveau des seuils ou l'étendue du champ d'application de l'accord bilatéral de 1999 entre la Suisse et l'UE avec toutefois une réserve. Dans l'AMP(2012), l'UE et les Etats de l'AELE ont supprimé les exceptions qui limitaient sous l'AMP(1994) l'accès intégral aux soumissions publiques de services de télécommunications (CPC 752; ch. 2.4 et 2.5). L'AMP(2012) couvre désormais les services de télécommunications par satellite. Si l'AMP(2012) est ratifié, le Conseil fédéral envisage de proposer formellement une adaptation du champ de couverture de l'accord bilatéral Suisse-UE pour couvrir les télécommunications par satellite. Il propose que cette adaptation soit également assurée par l'intermédiaire de l'adoption d'une note interprétative commune du Comité mixte.

44 RS **0.172.052.68**

Sans cette adaptation, les entités couvertes par l'accord bilatéral mais non couvertes par l'AMP(2012) ne seront pas tenues de procéder à des soumissions portant sur les services de télécommunications par satellite. Au-delà de l'effet de distorsion par rapport aux entités couvertes par l'AMP(2012), les soumissionnaires suisses ne bénéficieraient donc pas d'un droit de participation aux marchés des services de télécommunication qui font, dans l'UE, l'objet de soumissions au niveau des entités adjudicatrices non couvertes par l'AMP(2012).

4.2 Conséquences sur les accords de libre-échange de l'AELE et de la Suisse

Les accords de libre-échange dits de la première génération contiennent dans le domaine des marchés publics des règles minimales axées sur la transparence et les négociations futures et qui n'abordent pas l'accès au marché. Ces accords ne sont pas affectés par l'adoption de l'AMP(2012). Depuis 2006, certains accords de libre-échange conclus par la Suisse contiennent des engagements basés sur le texte de l'AMP(2012). L'accès au marché, par contre, reste basé sur l'AMP(1994). Ces accords dits de la deuxième génération sont les accords mentionnés au ch. 1.5 conclus avec la Colombie, le Pérou, le Conseil de Coopération du Golf, l'Ukraine et les pays d'Amérique centrale (Panama, Costa Rica et Guatemala)[45]. Pour ces Etats, il conviendra de notifier le moment venu le champ d'application qui résulte de l'approbation de l'AMP(2012), vu que ces accords contiennent actuellement les listes d'engagements de l'AMP(1994). Auparavant, il s'agira bien entendu d'examiner les implications en termes d'équilibre des engagements par rapport au *statu quo*. D'autres accords sont actuellement en négociation sur la base de l'AMP(2012) (RUBEKA (Fédération de Russie, Bélarus, Kazakhstan), Géorgie, Malaisie, etc.). Deux accords de libre-échange conclus au sein de l'AELE avant 2006, avec le Chili et le Mexique, contiennent un chapitre sur l'accès aux marchés publics basé sur les règles de l'AMP(1994). Ces accords devront être adaptés tant au niveau des règles qu'au niveau de l'étendue de l'accès au marché si nos partenaires sont d'accord d'offrir un accès additionnel réciproque là où l'AMP(2012) prévoit l'extension de l'accès au marché.

4.3 Conséquences pour la Confédération

4.3.1 Conséquences financières

Les conséquences financières de l'AMP(2012) se limitent aux frais additionnels entraînés par la formation des agents en charge d'appliquer ou de juger l'application des nouvelles règles. Les conséquences financières liées à l'harmonisation du droit interne sont évaluées dans le message relatif à la révision totale de la LMP (P-LMP). Les conséquences financières sont restreintes. Il faut les mettre en rapport avec les effets macroéconomiques positifs qui découleront, pour la place économique suisse,

[45] Colombie (RS **0.632.311.911**), Pérou (RS **632.316.411**), CCG (RS **0.632.311.491**); Ukraine (RS **0.632.316.891.1**), Amérique centrale (RS **0.632.312.851**)

du meilleur accès aux marchés publics dont bénéficieront les soumissionnaires et les exportateurs suisses d'infrastructures, de biens et de services.

4.3.2 Conséquences sur l'état du personnel

L'AMP(2012) généra des activités de suivi au niveau de l'OMC, notamment par le biais de la réalisation des programmes de travail thématiques (annexes C à G de l'appendice 2 de la décision du 30 mars 2012 des membres de l'AMP(1994)) et des programmes additionnels (annexe B de l'appendice 2 la décision du 30 mars 2012 des membres de l'AMP(1994)). La ratification de l'AMP(2012) ouvrira la voie à l'adaptation des engagements des accords de libre-échange, ceci à deux niveaux. Le premier niveau concerne l'adoption des listes d'accès au marché des accords de la deuxième génération qui sont basés sur les engagements de l'AMP(1994). Le deuxième niveau concerne l'adaptation des chapitres des accords de libre-échange de la première génération qui sont basés sur les engagements de la Suisse au titre de l'AMP(1994). A cet égard, elle entraînera une révision des chapitres sur les marchés publics des accords de libre-échange avec le Chili et le Mexique, qui sont basés sur les règles obsolètes de l'AMP(1994). L'adaptation de la liste des engagements des services de l'accord bilatéral Suisse-UE sur les marchés publics évoquée au ch. 4.1 et les travaux de suivi éventuels nécessités en Suisse du fait de la révision des directives sur les marchés publics de l'UE et de la digitalisation progressive du traitement des marchés nécessiteront des ressources en personnel. Actuellement, il est prévu de réaliser ces travaux avec les ressources existantes. Il en est de même en ce qui concerne les activités de formation et d'information liées à l'AMP(2012).

4.4 Conséquences pour les cantons et les communes

Les travaux de révision parallèle menés dans le cadre de la transposition de l'AMP(2012) contribueront à harmoniser encore davantage le droit cantonal et communal des marchés publics, même si les communes ont d'ores et déjà appliqué directement l'AiMP en lieu et place de règles autonomes des marchés publics. Il en résultera une amélioration de la transparence, de la visibilité des législations et de la sécurité du droit. Ces effets sont cohérents avec les objectifs de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI)[46]. La mise en œuvre de l'AMP(2012) pourrait avoir des conséquences en matière de finances et personnel également pour les cantons et les communes, vu les besoins accrus de formation et d'adaptation du moins dans la phase de transition des législations. Les conséquences économiques évoquées au ch. 4.5 concerneront l'ensemble de la Suisse, y compris les régions, les villes et les agglomérations.

46 RS **943.02**

4.5 Conséquences économiques

La valeur des marchés publics en Suisse est estimée à environ 41 milliards de francs suisses[47] par an. Cette estimation englobe tous les marchés, soit ceux qui sont couverts par l'AMP(1994) et ceux qui ne le sont pas, tels que les marchés dont la valeur se situe en dessous des seuils de l'AMP(1994), les marchés seulement couverts par l'accord bilatéral Suisse-UE et les marchés qui ne sont pas couverts par les accords internationaux. Une part de 20 % de tous les marchés publics est attribuable à la Confédération alors que quelque 80 % des marchés publics sont octroyés par les cantons et les communes, la part des communes étant de 43 %[48]. En 2015, la valeur des marchés publics suisses adjugés en vertu de nos engagements au titre de l'AMP(1994) et notifiés à l'OMC se montait à 6,8 milliards de francs suisses, dont environ 3,4 milliards adjugés par la Confédération. De ce montant de 3,4 milliards, 5 % ont été attribués à des soumissionnaires étrangers, principalement de l'UE et des Etats-Unis. Ainsi, 95 % des marchés de la Confédération couverts en 2015 par l'AMP(1994) ont été attribués à des acteurs sis en Suisse. Il convient de préciser que la valeur des marchés adjugés au cours d'une période n'est pas nécessairement identique à la valeur des marchés payés au cours de cette période. Les marchés adjugés selon les statistiques de l'OMC comprennent en effet aussi les options qui ne sont pas automatiquement payées au cours de la période retenue pour l'adjudication. Ceci dit, les marchés publics sont en pleine croissance et représentent en Suisse une part importante du PIB, qui est estimé par le FMI à environ 600 milliards de francs suisses par an. Dans ces conditions, le montant des marchés publics en Suisse représente environ 7 % du PIB. Selon les estimations de l'OMC, les marchés publics représentent environ 15 % du PIB des membres de l'AMP[49]. C'est dire que toute mesure relative aux marchés publics peut déployer des effets importants pour l'activité économique, la croissance et l'emploi.

Dans la mesure où l'AMP(2012) facilite l'accès réciproque aux marchés pour les produits et les services et qu'il améliore les règles, la sécurité juridique, la transparence, l'impartialité ainsi que la lutte contre les conflits d'intérêts et les pratiques frauduleuses, en particulier la corruption, il renforce les conditions de la concurrence dans les pays concernés. L'accès des soumissionnaires suisses aux marchés mondiaux se trouve élargi de façon significative et les conditions de cet accès sont améliorées. Conjointement à l'harmonisation des législations fédérale et cantonales des marchés publics, l'AMP(2012) contribuera aussi en Suisse à réduire la complexité et le nombre des obstacles procéduraux, dénoncés par différentes interventions parlementaires et des acteurs économiques. L'harmonisation, la gouvernance renforcée et la nouvelle transparence induite par l'AMP(2012) pourraient aider les soumissionnaires à réduire les coûts. Les effets réglementaires liés à l'harmonisation du régime suisse des marchés publics ont été étudiés dans le cadre de l'analyse d'impact de la réglementation présentée dans le message relatif à la révision totale de la LMP

47 Voir Stöckli Hubert/Beyeler Martin, Das Vergaberecht der Schweiz, 9. Auflage, Zürich 2014. Contribution du professeur Hubert Stöckli «Die Rechtsquellen im Wandel», note de bas de page 3, p. 3.
48 Etudes économiques de l'OCDE Suisse, OCDE, novembre 2015 (p. 127)
49 www.wto.org

(P-LMP). L'AMP(2012) renforce la place économique suisse. Il augmente sa capacité à générer de la valeur ajoutée et à créer ou maintenir des emplois.

4.6 Conséquences pour l'environnement et le volet social du développement durable

Dans la mesure où l'AMP(2012) prévoit explicitement la possibilité de réaliser, sous condition que les parties et entités respectent le principe de la non-discrimination et l'engagement de ne pas s'adonner au protectionnisme, des objectifs environnementaux, le législateur pourra encourager des achats publics compatibles avec l'objectif de durabilité de l'environnement. L'encouragement des achats qui respectent l'environnement peut avoir des effets positifs sur l'innovation dans le domaine des technologies qui ménagent l'environnement et contribuera à exploiter davantage le potentiel d'économies pour le secteur public. Les travaux de suivi engagés dans le cadre du programme de travail sur le développement durable clarifieront encore la compatibilité de la prise en compte des aspects sociaux avec les engagements de l'AMP (ch. 1.4.3 et 2.7).

5 Relation avec le programme de législature et avec les stratégies nationales du Conseil fédéral

5.1 Relation avec le programme de la législature

L'adoption du présent message n'est pas mentionnée explicitement dans le message du 27 janvier 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019[50]. Ce qui est prévu c'est l'adoption du message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics. L'objectif 2 des Objectifs 2016 du Conseil fédéral, prévoit que celui prendra acte du rapport relatif à la consultation et adoptera le message relatif à la transposition interne de l'AMP.

5.2 Relation avec les stratégies nationales du Conseil fédéral

L'AMP(2012) contribue à atteindre l'objectif d'un budget équilibré, à assurer l'efficience dans la fourniture des services de l'Etat et à créer dans le pays un environnement économique optimal en vue de l'amélioration de la capacité de la concurrence, de la création d'emplois et de la progression du niveau de vie sur le plan économique. Dans ce contexte, l'adoption et la transposition de l'AMP(2012) étaient déjà une partie intégrante du rapport de croissance 2008 à 2011 du Conseil fédéral. Dans ces conditions, l'adoption conjointe du message relatif à l'approbation du protocole portant amendement de l'accord sur les marchés publics de l'OMC et du

50 FF **2016** 981

message relatif à la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics aboutit à la réalisation d'une mesure de la politique de la croissance du Conseil fédéral.

Au surplus, l'adoption du présent message est compatible avec la stratégie pour le développement durable 2016- 2019 du Conseil fédéral et conciliable avec les objectifs de développement durable de l'Agenda 2030.

6 Aspects juridiques

6.1 Constitutionnalité

Le projet se fonde sur l'art. 54, al. 1, de la Constitution (Cst.)[51], qui dispose que les affaires étrangères relèvent de la compétence de la Confédération. Conformément à l'art. 55, al. 3, Cst, la Confédération et les cantons ont coopéré dans l'élaboration de la position de la Suisse dans les négociations de révision et ils se sont régulièrement consultés et informés. Ce faisant, le droit de participation des cantons a été respecté. Par ailleurs, l'art. 184, al. 2, Cst. confère au Conseil fédéral la compétence de signer les traités internationaux et de les ratifier. Enfin, l'art. 166, al. 2, Cst. confère à l'Assemblée fédérale la compétence de les approuver, sauf si leur conclusion relève de la seule compétence du Conseil fédéral en vertu d'une loi ou d'un traité international (cf. l'art. 7*a*, al. 1, LOGA[52]).

6.2 Compatibilité avec les obligations internationales

L'AMP(2012) remplace l'AMP(1994), en étend le champ d'application en matière d'accès au marché et définit les programmes de travail pour les travaux futurs. Il est compatible avec les obligations internationales de la Suisse, y compris avec l'accord bilatéral du 21 juin 1999 entre la Suisse et l'UE relatif à certains aspects des marchés publics qui s'applique sur la base des règles de l'AMP (ch. 4.1). Il est en particulier compatible avec les accords de libre-échange. Les chapitres sur les marchés publics des accords de libre-échange plus récents sont déjà basés sur les règles de l'AMP(2012). Les accords de libre-échange plus anciens contiennent, quant à eux, des règles minimales basées principalement sur les principes de transparence de l'AMP(1994) qui sont également compatibles avec l'AMP(2012). Ils prévoient souvent des clauses pour des négociations futures que les pays de l'AELE souhaitent mener sur la base de l'AMP(2012) (ch. 4.2).

6.3 Forme de l'acte à adopter

L'art. 141, al. 1, let. d, ch. 1 à 3, Cst. prévoit que les traités internationaux sont sujets au référendum facultatif s'ils sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables, qu'ils prévoient l'adhésion à une organisation internationale ou qu'ils con-

51 RS **101**
52 RS **172.010**

tiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou si leur mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales.

La mise en œuvre de l'AMP(2012) exige une adaptation de la LMP et d'autres lois fédérales. Elle nécessite en outre une révision de l'AIMP.

Dans ces conditions, l'arrêté fédéral relatif à l'approbation du protocole portant amendement de l'accord sur les marchés publics de l'OMC est sujet au référendum facultatif, conformément à l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst.

6.4 Versions linguistiques et publication de l'AMP(2012)

Les versions officielles de l'AMP(2012) sont les versions française, anglaise et espagnole, qui sont dans les trois langues officielles de l'OMC. La négociation de l'AMP(2012) s'est déroulée en anglais. La Suisse a soumis ses listes d'engagement en français et fourni à l'attention des membres de l'AMP une traduction officieuse en anglais. Les listes d'engagement des membres, notamment anglophones, de l'AMP n'ont pas été traduites intégralement en français ou en espagnol car ceci aurait requis des moyens disproportionnés au regard du volume des listes d'engagement.

Sur mandat de la Commission Marchés publics Confédération-Cantons (CMCC) et en accord avec le DEFR, la décision du 30 mars 2012 des membres de l'AMP relative aux résultats des négociations de révision et ses appendices 1 et 2 ont été traduits en allemand et en italien, avec une réserve. Celle-ci concerne les listes d'engagement des autres pays que la Suisse. Les versions officielles de l'AMP(2012) dans les langues officielles de l'OMC ainsi que les listes d'engagement des membres de l'AMP sont accessibles sur le site de l'OMC[53]. Les travaux de traduction ont eu lieu en étroite coopération avec le groupe paritaire en charge de la révision de la législation suisse des marchés publics. Des équivalences linguistiques ont été élaborées dans les trois langues officielles pour assurer la transparence entre l'AMP(2012), l'AIMP révisé et la LMP révisée.

La version française et les traductions allemande et italienne de la décision du 30 mars 2012 des membres de l'AMP et ses appendices 1 et 2 sont annexés aux versions respectives du présent message. Le protocole portant amendement de l'AMP(1994) sera publié conformément à la loi du 18 juin 2004 sur les publications officielles[54] et à l'ordonnance du 7 octobre 2015 sur les publications officielles[55]. La publication des engagements des autres pays que la Suisse au titre de l'accès aux marchés sera assurée par un renvoi au site de l'OMC.

53 www.wto.org > Domaines > Autres domaines > Marchés publics
54 RS **170.512**
55 RS **170.512.1**

6.5 Entrée en vigueur

Par décision du Conseil fédéral du 21 mars 2012, la délégation suisse a été autorisée à adopter le protocole portant amendement de l'Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics et ses annexes sous réserve d'approbation parlementaire. Conformément au par. 3 dudit protocole et au par. 9 de l'art. XXIV de l'AMP(1994), le protocole est entré en vigueur le 6 avril 2014 pour les deux tiers des parties à l'accord de 1994 qui avaient alors déposé leurs instruments de ratification. Pour la Suisse, le protocole entrera en vigueur le trentième jour suivant la date du dépôt de son instrument de ratification auprès du directeur général de l'OMC à Genève. L'AMP(1994) sera alors abrogé et remplacé par l'AMP(2012), vu que la Suisse est le seul pays qui n'a pas encore ratifié l'AMP(2012). Le Conseil fédéral attend jusqu'à ce que la loi sur les marchés publics révisée (P-LMP) et l'accord intercantonal sur les marchés publics révisé (P-AIMP) auront respectivement été adoptés par le Parlement et par l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (ch. 1.1).

Annexe

Texte original

Décision sur les résultats des négociations au titre de l'art. XXIV:7 de l'Accord sur les marchés publics

Décision du 30 mars 2012

1. Nous, les Parties à l'Accord de l'OMC sur les marchés publics (l'«Accord»), réunis au niveau des Ambassadeurs à Genève, ayant achevé la vérification finale et l'examen juridique des résultats des négociations au titre de l'art. XXIX:7 de l'Accord, sommes heureux d'adopter les éléments des résultats des négociations au titre de l'art. XXIV:7 de l'Accord, qui figurent dans les deux Appendices de la présente décision.

a) L'Appendice 1 comprend la Décision du Comité des marchés publics sur l'adoption du Protocole portant amendement de l'Accord sur les marchés publics (le «Protocole»), qui inclut le texte révisé de l'Accord et ses Appendices; et

b) l'Appendice 2 comprend les Décisions du Comité ci-après:
   i) Décision du Comité des marchés publics sur les prescriptions en matière de notification au titre des art. XIX et XXII de l'Accord (Annexe A);
   ii) Décision du Comité des marchés publics sur l'adoption de programmes de travail (Annexe B);
   iii) Décision du Comité des marchés publics sur un programme de travail sur les PME (Annexe C);
   iv) proposition de Décision du Comité des marchés publics sur un programme de travail sur l'établissement et la communication de données statistiques (Annexe D);
   v) Décision du Comité des marchés publics sur un programme de travail sur les marchés publics durables (Annexe E);
   vi) Décision du Comité des marchés publics sur un programme de travail sur les exclusions et restrictions énoncées dans les annexes concernant les Parties (Annexe F); et
   vii) Décision du Comité des marchés publics sur un programme de travail sur les normes de sécurité dans les marchés publics internationaux (Annexe G).

2. Nous convenons que les Décisions figurant au par. 1 b) prendront effet en même temps que le Protocole. Le Comité, à sa première réunion suivant l'entrée en vigueur du Protocole, fera une déclaration confirmant que les Décisions ont été adoptées et ont pris effet à la date d'entrée en vigueur du Protocole.

3. Nous réaffirmons également l'engagement pris par nos Ministres respectifs dans le document GPA/112 visant à ce que le Protocole soit accepté et mis en œuvre rapidement dans nos juridictions respectives.

Appendice 1

Décision du Comité des marchés publics sur l'adoption du texte du «protocole portant amendement de l'Accord sur les marchés publics»

Décision du 30 mars 2012

Le Comité des marchés publics,

Eu égard au par. 9 de l'art. XXIV de l'Accord de l'OMC sur les marchés publics, fait à Marrakech le 15 avril 1994 (l'«Accord de 1994»),

Ayant engagé de nouvelles négociations conformément à l'art. XXIV:7 b) et c) de l'Accord de 1994 et étant parvenu à un accord sur des amendements en vue d'améliorer l'Accord de 1994,

Notant le consensus entre les Parties à l'Accord de 1994, qui participent toutes à la présente décision, pour adopter le texte du Protocole portant amendement de l'Accord sur les marchés publics (le «Protocole») joint à la présente décision et pour soumettre le Protocole à leurs gouvernements respectifs pour acceptation conformément à leurs procédures internes respectives,

Considérant que les Parties à l'Accord de 1994 ne seront peut-être pas toutes en mesure de mener à bien leurs procédures internes pour l'acceptation du Protocole avant qu'il n'entre en vigueur et que, par conséquent, il pourrait y avoir une période pendant laquelle les Parties à l'Accord de 1994 ne seront pas toutes Parties au Protocole,

décide ce qui suit:

1. Le texte du Protocole portant amendement de l'Accord sur les marchés publics joint à la présente décision est adopté et ouvert à l'acceptation des Parties à l'Accord de 1994.

2. En vertu du par. 3 du Protocole et en conformité avec le par. 9 de l'art. XXIV de l'Accord de 1994, le Protocole entrera en vigueur pour les Parties à l'Accord de 1994 qui auront déposé leurs instruments d'acceptation respectifs le trentième jour suivant le dépôt desdits instruments par les deux tiers des Parties à l'Accord de 1994. Par la suite, le Protocole entrera en vigueur pour chaque Partie à l'Accord de 1994 qui aura déposé son instrument d'acceptation le trentième jour suivant la date de ce dépôt.

3. À l'entrée en vigueur du Protocole,

   a) entre une Partie à l'Accord de 1994, qui est aussi Partie au Protocole, et une Partie au seul Accord de 1994, l'Accord de 1994 s'appliquera, y compris son Appendice I; et

b) une Partie qui a accepté le Protocole ne sera tenue d'accorder l'accès au marché couvert au titre de l'Appendice I joint au Protocole qu'aux autres Parties ayant accepté le Protocole.

4. Toute condition d'accession à l'Accord de 1994 convenue après la date de la présente décision, conformément au par. 2 de l'art. XXIV de l'Accord de 1994, disposera que, à la date d'entrée en vigueur du Protocole, le Membre de l'OMC accédant sera lié par le Protocole.

Appendice I

Offres finales au titre de l'Appendice I présentées par les Parties à l'AMP dans le cadre des négociations sur le champ d'application de l'Accord

Offre finale de la Suisse au titre de l'Appendice I

(La version française fait foi)

Annexe 1

Entités du niveau fédéral

Fournitures (spécifiées à l'Annexe 4)	Valeur de seuil:	130 000 DTS
Services (spécifiés à l'Annexe 5)	Valeur de seuil:	130 000 DTS
Services de construction (spécifiés à l'Annexe 6)	Valeur de seuil:	5 000 000 DTS

Liste indicative des entités:

Toute autorité ou unité administrative centralisée et décentralisée de la Confédération au sens du droit public suisse

I. Liste des unités administratives centralisées et décentralisées de l'administration fédérale, conformément à la loi d'organisation de l'administration fédérale du 21 mars 1997 et l'ordonnance y relative (état au 1er novembre 2011)[56]:

1. Chancellerie fédérale (ChF):

- Chancellerie fédérale (ChF)
- Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT)

2. Département fédéral des affaires étrangères (DFAE):

2.1 *Unités administratives*

- Secrétariat général (SG-DFAE)
- Secrétariat d'Etat (SEE)
- Direction politique (DP)
- Direction du droit international public (DDIP)
- Direction du développement et de la coopération (DDC)

56 RS **172.010** et **172.010.1**: http://www.admin.ch/ch/d/sr/c172_010.html et http://www.admin.ch/ch/f/rs/1/172.010.1.fr.pdf.

- Direction des ressources (DR)
- Direction consulaire (DC)

2.2 *Commissions extraparlementaires de suivi de marché*

-

2.3 *Commissions extraparlementaires politico-sociales*

- Commission consultative de la coopération internationale au développement
- Commission suisse pour l'UNESCO

3. Département fédéral de l'intérieur (DFI):

3.1 *Unités administratives*

- Secrétariat général (SG-DFI)
- Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG)
- Office fédéral de la culture (OFC)
- Archives fédérales suisses (AFS)
- Office fédéral de météorologie et de climatologie (MétéoSuisse)
- Office fédéral de la santé publique (OFSP)
- Office fédéral de la statistique (OFS)
- Office fédéral des assurances sociales (OFAS)
- Secrétariat d'Etat à l'éducation et à la recherche (SER)
- Domaine des écoles polytechniques fédérales (domaine des EPF)
- Ecole polytechnique fédérale de Zurich (EPFZ)
- Ecole polytechnique fédérale de Lausanne (EPFL)
- Institut Paul Scherrer (PSI)
- Institut fédéral de recherches sur la forêt, la neige et le paysage (WSL)
- Laboratoire fédéral d'essai des matériaux et de recherche (EMPA)
- Institut fédéral pour l'aménagement, l'épuration et la protection des eaux (EAWAG)
- Musée national suisse (MNS)
- Pro Helvetia
- Swissmedic, Institut suisse des produits thérapeutiques

3.2 *Commissions extraparlementaires de suivi de marché*

- Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle

3.3 *Commissions extraparlementaires politico-sociales*

- Commission d'experts pour l'analyse génétique humaine
- Commission des produits radiopharmaceutiques
- Commission des professions médicales
- Commission fédérale d'experts du secret professionnel en matière de recherche médicale

- Commission fédérale de protection contre les radiations et de surveillance de la radioactivité
- Commission fédérale des monuments historiques
- Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine
- Conseil suisse d'accréditation
- Conseil suisse de la science et de la technologie
- Comité directeur des examens du diplôme fédéral d'inspecteur des denrées alimentaires
- Comité directeur des examens fédéraux de chimiste pour l'analyse des denrées alimentaires
- Commission de supervision des examens d'inspecteur des denrées alimentaires
- Commission d'examen de chiropratique
- Commission d'examen de médecine dentaire
- Commission d'examen de médecine humaine
- Commission d'examen de médecine vétérinaire
- Commission d'examen de pharmacie
- Commission de supervision des examens de chimiste pour l'analyse des denrées alimentaires
- Comité national suisse du Codex Alimentarius
- Commission d'experts du fonds de prévention du tabagisme
- Commission d'experts pour l'encouragement du cinéma
- Commission de la Bibliothèque nationale suisse
- Commission de la statistique fédérale
- Commission de surveillance de la Collection Oskar Reinhart Am Römerholz à Winterthour
- Commission des statistiques de l'assurance-accidents
- Commission fédérale contre le racisme
- Commission fédérale de coordination pour les questions familiales
- Commission fédérale de l'alimentation
- Commission fédérale de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité
- Commission fédérale de la fondation Gottfried Keller
- Commission fédérale de la prévoyance professionnelle
- Commission fédérale des analyses, moyens et appareils
- Commission fédérale des beaux-arts
- Commission fédérale des bourses pour étudiants étrangers
- Commission fédérale des médicaments
- Commission fédérale des prestations générales et des principes
- Commission fédérale du cinéma
- Commission fédérale du design

- Commission fédérale pour l'enfance et la jeunesse
- Commission fédérale pour la prévention du tabagisme
- Commission fédérale pour les affaires spatiales
- Commission fédérale pour les problèmes liés à l'alcool
- Commission fédérale pour les problèmes liés au sida
- Commission fédérale pour les problèmes liés aux drogues
- Commission fédérale pour les questions féminines
- Commission fédérale pour les vaccinations
- Commission pour l'encouragement de l'instruction des jeunes Suisses de l'étranger
- Groupe de travail Influenza

4. Département fédéral de la justice et police (DFJP):

4.1 *Unités administratives*

- Secrétariat général (SG-DFJP)
- Office fédéral de la justice (OFJ)
- Office fédéral de la police (fedpol)
- Office fédéral des migrations (ODM)
- Office fédéral de métrologie (METAS)
- Service Surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (SCPT)
- Commission nationale de prévention de la torture
- Institut suisse de droit comparé (ISDC)
- Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI)
- Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (ASR)

4.2 *Commissions extraparlementaires de suivi de marché*

- Commission fédérale des maisons de jeu (CFMJ)
- Commission arbitrale fédérale pour la gestion de droits d'auteur et de droits voisins

4.3 *Commissions extraparlementaires politico-sociales*

- Commission chargée d'examiner les demandes de subventions pour des projets pilotes
- Commission fédérale d'experts en matière de registre de commerce
- Commission fédérale de métrologie
- Commission fédérale en matière de poursuite et de faillite
- Commission fédérale pour les questions de migration

5. Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports (DDPS)

5.1 *Unités administratives*

- Secrétariat général (SG-DDPS)
- Service de renseignement de la Confédération (SRC)
- Office de l'auditeur en chef (OAC)
- Groupement Défense
  - (a) Etat-major de l'armée (EM A)
  - (b) Etat-major de conduite de l'armée (EM cond A)
  - (c) Formation supérieure des cadres de l'armée (FSCA) Forces terrestres (FT)
  - (d) Forces aériennes (FA)
  - (e) Base logistique de l'armée (BLA)
  - (f) Base d'aide au commandement (BAC)
- Groupement armasuisse (ar)
  - (a) Office fédéral pour l'acquisition d'armement
  - (b) Office fédéral de topographie (swisstopo)
- Office fédéral de la protection de la population (OFPP)
- Office fédéral du sport (OFSPO)

5.2 *Commissions extraparlementaires de suivi de marché*

–

5.3 *Commissions extraparlementaires politico-sociales*

- Comité suisse de la protection des biens culturels
- Commission fédérale de médecine militaire et de médecine de catastrophe
- Commission fédérale pour la protection ABC
- Commission fédérale de géologie
- Commission fédérale de surveillance de l'instruction aéronautique préparatoire
- Commission fédérale des ingénieurs géomètres
- Commission de l'armement
- Commission du service militaire sans arme pour raisons de conscience
- Commission fédérale de tir
- Commission fédérale des enquêtes auprès de la jeunesse et des recrues
- Commission fédérale du sport
- Commission pour les engagements militaires de la Suisse en faveur de la promotion internationale de la paix
- Commission télématique

6. Département fédéral des finances (DFF):

6.1 *Unités administratives*

- Secrétariat général (SG-DFF)
- Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales (SFI)
- Administration fédérale des finances (AFF)
- Office fédéral du personnel (OFPER)
- Administration fédérale des contributions (AFC)
- Administration fédérale des douanes (AFD)
- Office fédéral de l'informatique et de la télécommunication (OFIT)
- Office fédéral des constructions et de la logistique (OFCL)
- Unité de stratégie informatique de la Confédération (USIC)
- Contrôle fédéral des finances (CDF)
- Régie fédérale des alcools (RFA)
- Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA)
- Caisse fédérale de pensions PUBLICA

6.2 *Commissions extraparlementaires de suivi de marché*

–

6.3 *Commissions extraparlementaires politico-sociales*

- Commission fédérale des produits de construction
- Commission pour les examens fédéraux d'essayeurs-jurés
- Commission de conciliation selon la loi sur l'égalité
- Commission pour l'harmonisation des impôts directs de la Confédération, des cantons et des communes
- Organe consultatif en matière de TVA

7. Département fédéral de l'économie (DFE):

7.1 *Unités administratives*

- Secrétariat général (SG-DFE)
- Surveillance des prix (SPR)
- Secrétariat d'État à l'économie (SECO)
- Office fédéral de la formation professionnelle et de la technologie (OFFT)
- Office fédéral de l'agriculture (OFAG)
- Office vétérinaire fédéral (OVF)
- Office fédéral pour l'approvisionnement économique du pays (OFAE)
- Office fédéral du logement (OFL)
- Suisse tourisme (ST)
- Société suisse de crédit hôtelier (SCH)
- Assurance suisse contre les risques à l'exportation (ASRE)
- Institut fédéral des hautes études en formation professionnelle (IFFP)

7.2 *Commissions extraparlementaires de suivi de marché*

- Commission de la concurrence (COMCO)
- Commission pour la technologie et l'innovation (CTI)

7.3 *Commissions extraparlementaires politico-sociales*

- Commission de formation du service vétérinaire
- Conseil de l'organisation du territoire
- Commission de surveillance du fonds de compensation de l'assurance-chômage
- Comité suisse de la FAO
- Commission consultative pour l'agriculture
- Commission d'experts douaniers
- Commission de la politique économique
- Commission des marchés publics Confédération-cantons
- Commission fédérale d'accréditation
- Commission fédérale de la consommation
- Commission fédérale de la formation professionnelle
- Commission fédérale de maturité professionnelle
- Commission fédérale des appellations d'origine et des indications géographiques
- Commission fédérale des écoles supérieures
- Commission fédérale des hautes écoles spécialisées
- Commission fédérale du logement
- Commission fédérale du travail
- Commission fédérale pour les affaires relatives à la Convention sur la conservation des espèces
- Commission fédérale pour les expériences sur animaux
- Commission fédérale pour les responsables de la formation professionnelle
- Commission fédérale tripartite pour les affaires de l'OIT
- Commission pour les aménagements d'étables
- Commission tripartite fédérale pour les mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes
- Conseil de la recherche agronomique
- Forum PME
- Office fédéral de conciliation en matière de conflits collectifs du travail

8. Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC):

8.1 *Unités administratives*

- Secrétariat général (SG-DETEC)
- Office fédéral des transports (OFT)
- Office fédéral de l'aviation civile (OFAC)
- Office fédéral de l'énergie (OFEN)
- Office fédéral des routes (OFROU)
- Office fédéral de la communication (OFCOM)
- Office fédéral de l'environnement (OFEV)
- Office fédéral du développement territorial (ARE)
- Inspection fédérale de la sécurité nucléaire (IFSN)

8.2 *Commissions extraparlementaires de suivi de marché*

- Commission fédérale de la communication (ComCom)
- Commission fédérale de l'électricité (ElCom)
- Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP)
- Commission d'arbitrage dans le domaine des chemins de fer (CACF)
- Commission Offices de poste

8.3 *Commissions extraparlementaires politico-sociales*

- Commission d'experts en écotoxicologie
- Commission fédérale d'experts pour la sécurité biologique
- Commission fédérale d'éthique pour la biotechnologie dans le domaine non humain
- Commission fédérale de sécurité nucléaire
- Commission fédérale pour la protection de la nature et du paysage
- Commission fédérale pour la recherche énergétique
- Commission pour la gestion des déchets radioactifs
- Commission pour les conditions de raccordement des énergies renouvelables
- Service d'enquête suisse sur les accidents
- Commission fédérale du Parc national
- Commission administrative du Fonds de sécurité routière
- Commission d'experts pour la taxe d'incitation sur les COV
- Commission de la recherche en matière de routes
- Commission fédérale de l'hygiène de l'air
- Commission fédérale de la loi sur la durée du travail
- Commission fédérale pour la lutte contre le bruit
- Plate-forme nationale «Dangers naturels»

II. Entités relevant des autorités judiciaires fédérales et des autorités de poursuite pénale fédérales:

- Tribunal fédéral
- Tribunal pénal fédéral
- Tribunal administratif fédéral
- Tribunal fédéral des brevets
- Ministère public de la Confédération (MPC)

III. Entités relevant de l'Assemblée fédérale:

- Le Conseil national
- Le Conseil des Etats
- Les services de l'Assemblée fédérale

Annexe 2

Entités des gouvernements sous-centraux[57]

Fournitures (spécifiées à l'Annexe 4)	Valeur de seuil:	200 000 DTS
Services (spécifiés à l'Annexe 5)	Valeur de seuil:	200 000 DTS
Services de construction (spécifiés à l'Annexe 6)	Valeur de seuil:	5 000 000 DTS

1. Toute autorité ou unité administrative centralisée et décentralisée du niveau cantonal, au sens du droit public cantonal.
2. Toute autorité ou unité administrative centralisée et décentralisée du niveau des districts et des communes au sens du droit public cantonal et communal.

Liste des cantons suisses:

Appenzell (Rhodes Intérieures/Extérieures)
Argovie
Bâle (Ville/Campagne)
Berne
Fribourg
Glaris
Genève
Grisons
Jura
Neuchâtel
Lucerne
Schaffhouse
Schwyz
Soleure
St Gall
Tessin
Thurgovie
Vaud
Valais
Unterwald (Nidwald/Obwald)
Uri
Zoug
Zurich

Note relative à l'Annexe 2

A titre de clarification, il est précisé que la notion d'unité décentralisée aux niveaux cantonal et communal comprend les organismes de droit public établis aux niveaux des cantons, des districts et des communes n'ayant pas un caractère commercial ou industriel.

57 C'est-à-dire les gouvernements cantonaux selon la terminologie suisse.

Annexe 3

Toutes les autres entités qui passent des marchés conformément aux dispositions du présent Accord

Fournitures (spécifiées à l'Annexe 4)	Valeur de seuil:	400 000 DTS
Services (spécifiés à l'Annexe 5)	Valeur de seuil:	400 000 DTS
Services de construction (spécifiés à l'Annexe 6)	Valeur de seuil:	5 000 000 DTS

Les entités adjudicatrices qui sont des pouvoirs publics[58] ou des entreprises publiques[59] et qui exercent au moins une des activités suivantes:

1. la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable ou l'alimentation de ces réseaux en eau potable (spécifiés sous titre I);
2. la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité ou l'alimentation de ces réseaux en électricité (spécifiés sous titre II);
3. l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer urbain, systèmes automatiques, tramway, trolleybus, autobus ou câble (spécifiés sous titre III);
4. l'exploitation d'une aire géographique dans le but de mettre à la disposition des transporteurs aériens des aéroports ou d'autres terminaux de transport (spécifiés sous titre IV);

58 *Pouvoir public:* L'Etat, les collectivités territoriales, les organismes de droit public, les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public. Est considéré comme un organisme de droit public tout organisme:
- créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial,
- doté d'une personnalité juridique, et
- dont soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

59 *Entreprise publique:* Toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence dominante est présumée lorsque les pouvoirs publics, directement ou indirectement, à l'égard de l'entreprise:
- détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise, ou
- disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise, ou
- peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise.

5. l'exploitation d'une aire géographique dans le but de mettre à la disposition des transporteurs fluviaux des ports intérieurs ou d'autre terminaux de transport (spécifiés sous titre V);
6. la mise à disposition de services postaux (spécifiés sous titre VI).

I. Production, transport ou distribution d'eau potable

Pouvoirs publics ou entreprises publiques de production, de transport et de distribution d'eau potable. Ces pouvoirs publics et entreprises publiques opèrent conformément à la législation cantonale ou locale, ou encore par le biais d'accords individuels respectant ladite législation.

Par exemple:

- Wasserverbund Region Bern AG
- Hardwasser AG

II. Production, transport ou distribution d'électricité

Pouvoirs publics ou entreprises publiques de transport et de distribution d'électricité auxquels le droit d'expropriation peut être accordé conformément à la «loi fédérale du 24 juin 1902 concernant les installations électriques à faible et à fort courant»[60].

Pouvoirs publics ou entreprises publiques de production d'électricité conformément à la «loi fédérale du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques»[61] et à la «loi fédérale du 21 mars 2003 sur l'énergie nucléaire»[62].

Par exemple:

- Forces motrices bernoises Energie SA
- Axpo SA

III. Transport par chemin de fer urbain, par tramway, par systèmes automatiques, par trolleybus, par autobus ou par câble

Pouvoirs publics ou entreprises publiques exploitant des tramways au sens de l'art. 1, al. 2, de la «loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer»[63].

Pouvoirs publics ou entreprises publiques offrant des services de transport public au sens de l'art. 6 de la «loi fédérale du 20 mars 2009 sur le transport de voyageurs»[64].

60 RS **734.0**
61 RS **721.80**
62 RS **732.1**
63 RS **742.101**
64 RS **745.1**

Par exemple:

- Transports publics genevois
- Verkehrsbetriebe Zürich

IV. Aéroports

Pouvoirs publics ou entreprises publiques exploitant des aéroports en vertu d'une concession au sens de l'art. 36*a* de la «loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation»[65].

Par exemple:

- Flughafen Zürich-Kloten
- Aéroport de Genève-Cointrin
- Aérodrome civil de Sion

V. Ports intérieurs

Ports Rhénans Suisses: Accord intitulé «Staatsvertrag über die Zusammenlegung der Rheinschifffahrtsdirektion Basel und der Rheinhäfen des Kantons Basel-Landschaft zu einer Anstalt öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit unter dem Namen Schweizerische Rheinhäfen» du 13./20. Juin 2006[66].

VI. Services postaux

Pouvoirs publics ou entreprises publiques qui fournissent des services postaux mais uniquement pour les activités pour lesquelles ils disposent d'un droit exclusif (service réservé au sens de la loi fédérale sur la poste)[67].

Notes relatives à l'Annexe 3

Le présent Accord ne couvre pas:

1. les marchés que les entités adjudicatrices passent à des fins autres que la poursuite de leurs activités décrites dans cette Annexe ou pour la poursuite de ces activités en dehors de Suisse;
2. les marchés passés par les entités adjudicatrices poursuivant une activité décrite dans la présente Annexe lorsque cette activité est exposée à la pleine concurrence du marché.

65 RS **748.0**
66 SGS **421.1**
67 RS **783.0**

Annexe 4

Biens

Cet Accord couvre les marchés publics passés pour tous les biens achetés par les entités figurant dans les Annexes 1 à 3, à moins que l'Accord n'en dispose autrement.

Liste des matériels de la défense et de la sécurité couverts par l'Accord[68]*:*

Pour les marchés passés par le Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports[69] et par d'autres entités en charge de la défense et de la sécurité, telles que l'Administration fédérale des douanes en ce qui concerne l'équipement des gardes frontière et des douaniers, les biens suivants sont couverts par l'Accord:

Chapitre 25:

Sel; soufre; terres et pierres; plâtres; chaux et ciments

Chapitre 26:

Minerais, scories et cendres

Chapitre 27:

Combustibles minéraux, huiles minérales et produits de leur distillation; matières bitumineuses; cires minérales

Chapitre 28:

Produits chimiques inorganiques; composés inorganiques ou organiques de métaux précieux, d'éléments radioactifs, de métaux des terres rares d'isotopes

Chapitre 29:

Produits chimiques organiques

Chapitre 30:

Produits pharmaceutiques

Chapitre 31:

Engrais

68 Les positions tarifaires désignées par la Suisse sont celles du Système harmonisé tel que défini par la «Convention internationale du 14 juin 1983 sur le Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises». Cette Convention est entrée en vigueur le 1er janvier 1988 en Suisse (RS **0.632.11**).

69 À l'exception de l'Office fédéral de topographie (swissstopo) et de l'Office fédéral du sport (OFSPO).

Chapitre 32:

Extraits tannants ou tinctoriaux; tanins et leurs dérivés; pigments et autres matières colorantes, peintures et vernis, mastics, encres

Chapitre 33:

Huiles essentielles et résinoïdes; produits de parfumerie ou de toilette préparés et préparation cosmétiques

Chapitre 34:

Savons, agents de surface organiques, préparations pour lessives, préparations lubrifiantes, cires artificielles, cires préparées, produits d'entretien, bougies et articles similaires, pâtes à modeler, «cires pour l'art dentaire» et compositions pour l'art dentaire à base de plâtre

Chapitre 35:

Matières albuminoïdes; produits à base d'amidons ou de fécules modifiés; colles; enzymes

Chapitre 36:

Poudres et explosifs; articles de pyrotechnie; allumettes; alliages pyrophoriques; matières inflammables

Chapitre 37:

Produits photographiques et cinématographiques

Chapitre 38:

Produits divers des industries chimiques

Chapitre 39:

Matières plastiques et ouvrages en ces matières

Chapitre 40:

Caoutchouc et ouvrages en caoutchouc

Chapitre 41:

Peaux (autres que les pelleteries) et cuirs

Chapitre 42:

Ouvrages en cuir; articles de bourrellerie ou de sellerie; articles de voyage, sacs à main et contenants similaires; ouvrages en boyaux

Chapitre 43:

Pelleteries et fourrures, pelleteries factices

Chapitre 44:

Bois, charbon de bois et ouvrages en bois

Chapitre 45:

Liège et ouvrages en liège

Chapitre 46:

Ouvrages de sparterie ou de vannerie

Chapitre 47:

Pâtes de bois ou d'autres matières fibreuses cellulosiques; papier ou carton à recycler (déchets et rebuts); papier et ses applications

Chapitre 48:

Papiers et cartons; ouvrages en pâte de cellulose, en papier ou en carton

Chapitre 49:

Produits de l'édition, de la presse ou des autres industries graphiques; textes manuscrits ou dactylographiés et plans

Chapitre 50:

Soie

Chapitre 51:

Laine, poils fins ou grossiers; fils et tissus de crin

Chapitre 52:

Coton

Chapitre 53:

Autres fibres textiles végétales; fils de papier et tissus de fils de papier

Chapitre 54:

Filaments synthétiques ou artificiels à l'exception de:

5407: Tissus de fils de filaments synthétiques

5408: Tissus de fils de filaments artificiels

Chapitre 55:

Fibres synthétiques ou artificielles discontinues à l'exception de:

5511–5516: Fils et tissus de fibres synthétiques ou artificielles discontinues

Chapitre 56:

Ouates, feutres et nontissés; fils spéciaux; ficelles, cordes et cordages; articles de corderie à l'exception de:

5608: Filets à mailles nouées, en nappes ou en pièces, obtenus à partir de ficelles, cordes ou cordages; filets confectionnés pour la pêche et autres filets confectionnés, en matières textiles

Chapitre 57:

Tapis et autres revêtements de sol en matières textiles

Chapitre 58:

Tissus spéciaux; surfaces textiles touffetées; dentelles; tapisseries; passementeries; broderies

Chapitre 60:

Etoffes de bonneterie

Chapitre 61:

Vêtements et accessoires du vêtement, en bonneterie

Chapitre 62:

Vêtements et accessoires du vêtement, autre qu'en bonneterie

Chapitre 63:

Autres articles textiles confectionnés; assortiments; friperie et chiffons

Chapitre 64:

Chaussures, guêtres et articles analogues; parties de ces objets

Chapitre 65:

Coiffures et parties de coiffures

Chapitre 66:

Parapluies, ombrelles, parasols, cannes, cannes-sièges, fouets, cravaches et leurs parties

Chapitre 67:

Plumes et duvet apprêtés et articles en plumes ou en duvet; fleurs artificielles; ouvrages en cheveux

Chapitre 68:

Ouvrages en pierres, plâtre, ciment, amiante, mica ou matières analogues

Chapitre 69:

Produits céramiques

Chapitre 70:

Verre et ouvrages en verre

Chapitre 71:

Perles fines ou de culture, pierres gemmes ou similaires, métaux précieux, plaqués ou doublés de métaux précieux et ouvrages en ces matières; bijouterie de fantaisie; monnaies

Chapitre 72:

Fonte, fer et acier

Chapitre 73:

Ouvrages en fonte, fer ou acier

Chapitre 74:

Cuivre et ouvrages en cuivre

Chapitre 75:

Nickel et ouvrages en nickel

Chapitre 76:

Aluminium et ouvrages en aluminium

Chapitre 78:

Plomb et ouvrages en plomb

Chapitre 79:

Zinc et ouvrages en zinc

Chapitre 80:

Etain et ouvrages en étain

Chapitre 81:

Autres métaux communs; cermets; ouvrages en ces matières

Chapitre 82:

Outils et outillage; articles de coutellerie et couverts de table, en métaux communs; parties de ces articles en métaux communs

Chapitre 83:

Ouvrages divers en métaux communs

Chapitre 84:

Réacteurs nucléaires, chaudières, machines, appareils et engins mécaniques; parties de ces machines ou appareils à l'exception de:

84.71: Machines automatiques de traitement de l'information et leurs unités; lecteurs magnétiques ou optiques, machines de mise d'informations sur support sous forme codée et machines de traitement de ces informations, non dénommés ni compris ailleurs

Chapitre 85:

Machines, appareils et matériels électriques et leurs parties; appareils d'enregistrement ou de reproduction du son, appareils d'enregistrement ou de reproduction des images et du son en télévision, et parties et accessoires de ces appareils dont uniquement:

85.10: Rasoirs, tondeuses et appareils à épiler, etc.

85.16: Chauffe-eau et thermoplongeurs électriques, etc.

85.37: Tableaux, panneaux, consoles, pupitres, armoires et autres supports, etc.

85.38: Parties destinées aux appareils des nos 8535, 8536 ou 8537, etc.

85.39: Lampes et tubes électriques à incandescence, etc.

85.40: Lampes, tubes et valves électroniques à cathode chaude, etc.

Chapitre 86:

Véhicules et matériel pour voies ferrées ou similaires et leurs parties; appareils mécaniques (y compris électromécaniques) de signalisation pour voies de communication

Chapitre 87:

Voitures automobiles, tracteurs, cycles et autres véhicules terrestres, leurs parties et accessoires à l'exception de:

87.05: Véhicules automobiles à usages spéciaux (dépanneuses, camions-grues, voitures de lutte contre l'incendie, camions-bétonnières, voitures balayeuses, voitures épandeuses, voitures-ateliers, voitures radiologiques, par exemple), etc.

87.08: Parties et accessoires des véhicules automobiles des nos 87.01 à 87.05, etc.

87.10: Chars et automobiles blindées de combat, armés ou non; leurs parties, etc.

Chapitre 89:

Navigation maritime ou fluviale

Chapitre 90:

Instruments et appareils d'optique, de photographie ou de cinématographie, de mesure, de contrôle ou de précision; instruments et appareils médico chirurgicaux; parties et accessoires de ces instruments ou appareils à l'exception de:

9014: Boussoles, y compris les compas de navigation, etc.

9015: Instruments et appareils de géodésie, de topographie, etc.

9027: Instruments et appareils pour analyses physiques ou chimiques, etc.

9030: Oscilloscopes, etc.

Chapitre 91:

Horlogerie

Chapitre 92:

Instruments de musique; parties et accessoires de ces instruments

Chapitre 94:

Meubles; mobilier médico-chirurgical; articles de literie et similaires; appareils d'éclairage non dénommés ni compris ailleurs; lampes-réclames, enseignes lumineuses, plaques indicatrices lumineuses et articles similaires; constructions préfabriquées

Chapitre 95:

Jouets, jeux, articles pour divertissements ou pour sports, leurs parties et accessoires

Chapitre 96:

Ouvrages divers

Chapitre 97:

Objets d'art, de collection ou d'antiquité

Annexe 5

Services

Les services suivants qui figurent dans la Classification sectorielle des services reproduite dans le document MTN.GNS/W/120 sont couverts:

Objet	Numéros de référence CPC prov. (Classification centrale des produits provisoire)
Services d'entretien et de réparation	6112, 6122, 633, 886
Services d'hôtellerie et autres services d'hébergement analogue	641
Services de restauration et de vente de boissons à consommer sur place	642, 643
Services de transport terrestre, y compris les services de véhicules blindés et les services de courrier, à l'exclusion des transports de courrier	712 (sauf 71235) 7512, 87304
Services de transport aérien: transport de voyageurs et de marchandises, à l'exclusion des transports de courrier	73 (sauf 7321)
Transport de courrier par transport terrestre (à l'exclusion des services de transport ferroviaire) et par air	71235, 7321
Services d'agences de voyages et d'organisateurs touristiques	7471
Services de télécommunications	752
Services financiers: a) services d'assurances b) services bancaires et d'investissement[70]	partie de 81 812, 814
Services immobiliers à forfait ou sous contrat	822
Services de location simple ou en crédit-bail de machines et de matériel, sans opérateur	83106–83109
Services de location simple ou en crédit-bail d'articles personnels et domestiques	partie de 832
Services informatiques et services connexes	84
Services de conseils en matière de droit du pays d'origine et de droit international public	partie de 861
Services comptables, d'audit et de tenue de livres	862
Services de conseil fiscal	863

70 A l'exclusion des marchés des services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, ainsi que des services fournis par des banques centrales.

Objet	Numéros de référence CPC prov. (Classification centrale des produits provisoire)
Services d'études de marché et de sondages	864
Services de conseil en gestion et services connexes	865, 866[71]
Services d'architecture; services d'ingénierie et services intégrés d'ingénierie; services d'aménagement urbain et d'architecture paysagère; services connexes de consultations scientifiques et techniques; services d'essais et d'analyses techniques	867
Services de publicité	871
Services de nettoyage de bâtiments et services de gestion de propriétés	874, 82201–82206
Services de conditionnement	876
Services de conseil annexes à la sylviculture	partie de 8814
Services de publication et d'impression sur la base d'une redevance ou sur une base contractuelle	88442
Services de voirie et d'enlèvement des ordures: services d'assainissement et services analogues	94

Notes relatives à l'Annexe 5

1. Sans préjudice des engagements pris par la Suisse au titre de l'Accord général sur le commerce de services (AGCS) de l'OMC, les engagements dans le domaine des services de ce présent Accord sont sous réserve des limitations et conditions concernant l'accès aux marchés et le traitement national spécifiés dans la liste d'engagements de la Suisse au titre de l'AGCS.
2. La Suisse n'étendra pas le bénéfice des dispositions du présent Accord aux services et aux fournisseurs de services des Parties qui n'incluent pas, dans leurs propres listes, des marchés de services passés par les entités mentionnées aux Annexes 1 à 3 tant que la Suisse n'aura pas constaté que les Parties concernées assurent aux entreprises suisses un accès comparable et effectif aux marchés considérés.
3. Le présent Accord ne couvre pas les marchés visant l'achat, le développement, la production ou la coproduction d'éléments de programmes par des organismes de radiodiffusion et aux marchés concernant les temps de diffusion.

71 A l'exclusion des services d'arbitrage et de conciliation.

Annexe 6

Services de Construction

Définition:

Un contrat de services de construction est un contrat qui a pour objectif la réalisation, par quelque moyen que ce soit, de travaux de construction d'ouvrages de génie civil ou de bâtiments, au sens de la division 51 de la Classification centrale de produits (CPC).

Liste de tous les services relevant de la division 51 de la CPC:

Travaux de préparation des sites et chantiers de construction	511
Travaux de construction de bâtiments	512
Travaux de construction d'ouvrages de génie civil	513
Assemblage et construction d'ouvrages préfabriqués	514
Travaux d'entreprises de construction spécialisées	515
Travaux de pose d'installations	516
Travaux d'achèvement et de finition des bâtiments	517
Autres services	518

Notes relatives à l'Annexe 6

1. Sans préjudice des engagements pris par la Suisse au titre de l'Accord général sur le commerce de services (AGCS) de l'OMC, les engagements dans le domaine des services de ce présent Accord sont sous réserve des limitations et conditions concernant l'accès aux marchés et le traitement national spécifiés dans la liste d'engagements de la Suisse au titre de l'AGCS.
2. La Suisse n'étendra pas le bénéfice des dispositions du présent Accord aux services et aux fournisseurs de services des Parties qui n'incluent pas, dans leurs propres listes, des marchés de services passés par les entités mentionnées aux Annexes 1 à 3 tant que la Suisse n'aura pas constaté que les Parties concernées assurent aux entreprises suisses un accès comparable et effectif aux marchés considérés.

Annexe 7

Notes générales et dérogations aux dispositions de l'art. IV

A) Dérogations spécifiques par pays

1. La Suisse n'étendra pas le bénéfice des dispositions du présent Accord:
   - en ce qui concerne les marchés passés par les entités mentionnées au chiffre 2 de l'Annexe 2 à tous les membres de l'AMP, à l'exception de ceux de l'Union Européenne, des membres de l'Association Européenne de Libre-Echange (AELE) et de l'Arménie;
   - en ce qui concerne les marchés passés par les entités mentionnées à l'Annexe 3 dans les secteurs suivants:
     (a) eau: aux fournisseurs de produits et de services du Canada, des Etats-Unis d'Amérique et du Singapour;
     (b) électricité: aux fournisseurs de produits et de services du Canada, du Japon et du Singapour;
     (c) aéroports: aux fournisseurs de produits et de services du Canada, de la Corée et des Etats-Unis d'Amérique;
     (d) ports: aux fournisseurs de produits et de services du Canada;
     (e) transports urbains: aux fournisseurs de produits et de services du Canada, d'Israël, du Japon et des Etats-Unis d'Amérique;

   tant qu'elle n'aura pas constaté que les Parties concernées assurent aux entreprises suisses un accès comparable et effectif aux marchés considérés.
2. Les dispositions de l'art. XVIII ne sont pas applicables aux fournisseurs de produits et de services des pays suivants:
   - Israël et Corée en ce qui concerne les recours intentés contre l'adjudication de marchés par les organismes mentionnés dans la note relative à l'Annexe 2, tant que la Suisse n'a pas constaté que ces pays ont complété la liste des entités des gouvernements sous-centraux;
   - Japon, Corée et Etats-Unis d'Amérique en ce qui concerne les recours intentés contre l'adjudication de marchés à un fournisseur de produits ou de services d'autres Parties au présent Accord, lorsque ledit fournisseur est une entreprise petite ou moyenne au sens du droit suisse, tant que la Suisse n'aura pas constaté que ces pays n'appliquent plus de mesures discriminatoires pour favoriser certaines petites entreprises nationales ou certaines entreprises nationales détenues par les minorités;
   - Israël, Japon et Corée en ce qui concerne les recours intentés contre l'adjudication par des entités suisses de marchés dont la valeur est inférieure au seuil appliqué à la même catégorie de marchés par lesdites Parties.
3. Tant que la Suisse n'aura pas constaté que les Parties concernées assurent l'accès de leurs marchés aux fournisseurs suisses de produits et de services suisses, elle n'étendra pas le bénéfice des dispositions du présent Accord aux fournisseurs de produits et de services des pays suivants:

- Canada, en ce qui concerne les marchés portant sur les produits relevant du n° 58 de la FSC (matériel de communications, matériel de détection des radiations et d'émission de rayonnement cohérent) et Etats-Unis d'Amérique en ce qui concerne les équipements de contrôle du trafic aérien;
- Corée et Israël en ce qui concerne les marchés passés par les entités énumérées à l'Annexe 3, chiffre 2 pour les produits relevant des nos 8504, 8535, 8537 et 8544 du SH (transformateurs électriques, prises de courant, interrupteurs et câbles isolés); Israël, en ce qui concerne les produits relevant des nos 85012099, 85015299, 85015199, 85015290, 85014099, 85015390, 8504, 8535, 8536, 8537 et 8544 du SH.

B) Dérogations générales

Le présent Accord ne couvre pas:

1. les prestations exécutées par un adjudicateur en interne ou par des adjudicateurs distincts dotés de la personnalité juridique;
2. les achats de biens et de services qui ne peuvent être effectués qu'auprès d'organisations disposant d'un droit exclusif octroyé en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées (par exemple pour l'achat d'eau potable, d'énergie, etc.).

C) Notes explicatives

1. La Suisse comprend qu'en vertu de l'art. II, ch. 2 a) ii, le présent Accord ne couvre pas les placements des fonds des assurés effectués par des organisations de droit public telles que des assurances de droit public et des caisses de pension de droit public.
2. Quelles que soient leurs activités, les autorités et unités administratives centralisées et décentralisées sont soumises uniquement aux règles des Annexes 1 ou 2. Quelles que soient leurs activités, les pouvoirs publics et entreprises publiques de l'Annexe 3 ne sont pas soumis aux règles de l'Annexe 1 et 2.

Appendices avec les offres finales des autres Parties[72]

Appendice II

Média électronique ou papier utilisé par les Parties pour la publication des lois, réglementations, décisions judiciaires, décisions administratives d'application générale, clauses contractuelles types et des procédures concernant les marchés publics couverts par le présent accord conformément à l'art. VI

[à communiquer par chaque partie au moment du dépôt de son instrument d'acceptation ou avant ce dépôt]

Appendice III

Média électronique ou papier utilisé par les Parties pour la publication des avis requis aux art. VII, IX:7 et XVI:2 conformément à l'art. VI

[à communiquer par chaque partie au moment du dépôt de son instrument d'acceptation ou avant ce dépôt]

Appendice IV

Adresse du ou des site(s) WEB sur le(s)quel(s) les Parties publient des statistiques sur les marchés conformément à l'art. XVI:5 et des avis concernant les marchés adjugés conformément à l'art.e XVI:6

[à communiquer par chaque partie au moment du dépôt de son instrument d'acceptation ou avant ce dépôt]

72 Les appendices avec les offres finales des autres parties ne sont publiés ni au RO ni au RS. Les textes peuvent être consultés et téléchargés gratuitement à l'adresse du site Internet de l'OMC (https://www.wto.org/ > accueil > domaines > marchés publics> l'accord sur les marchés publics > listes correspondant au champ d'application), respectivement sur simap.ch (www.simap.ch > Informations de l'OMC sur les marchés publics).

Appendice 2
Annexe A

Décision du Comité des marchés publics sur les prescriptions en matière de notification au titre des art. XIX et XXII de l'Accord

Décision du 30 mai 2012

Le Comité des marchés publics,

Considérant l'importance de la transparence des lois et réglementations en rapport avec le présent accord, y compris les modifications qui leur sont apportées, comme l'exige l'art. XXII:5 de l'Accord,

Considérant également l'importance du maintien de listes précises des entités couvertes par les annexes de l'Appendice I de l'Accord concernant les Parties, conformément à l'art. XIX de l'Accord,

Reconnaissant la difficulté pour les Parties de notifier en temps voulu au Comité les modifications apportées à leurs lois et réglementations en rapport avec l'Accord, comme l'exige l'art. XXII:5 de l'Accord, et les rectifications projetées des annexes de l'Appendice I les concernant, comme l'exige l'art. XIX:1 de l'Accord,

Considérant que les dispositions de l'art. XIX de l'Accord établissent une distinction entre les notifications de rectifications projetées qui ne modifient pas le champ d'application mutuellement convenu de l'Accord et les autres types de modifications projetées des Annexes de l'Appendice I,

Reconnaissant que les changements technologiques ont permis à de nombreuses Parties d'utiliser des moyens électroniques pour communiquer des renseignements sur leur régime de passation des marchés publics et pour notifier aux Parties les modifications apportées à ce régime,

décide ce qui suit:

Notifications annuelles des notifications apportées aux lois et réglementations

1. Lorsqu'une Partie dispose de médias électroniques officiellement désignés qui fournissent des liens vers ses lois et réglementations actuelles en rapport avec le présent accord et que ses lois et réglementations sont disponibles dans l'une des langues officielles de l'OMC, et que ces médias sont mentionnés à l'Appendice II, la Partie pourra se conformer à la prescription de l'art. XXII:5 en notifiant toute modification au Comité à la fin de chaque année, à moins qu'il ne s'agisse de modifications de fond, c'est-à-dire qui peuvent modifier les obligations de la Partie au titre de l'Accord; dans ces cas, une notification sera présentée immédiatement.

2. Les Parties auront la possibilité d'examiner la notification annuelle présentée par une Partie au cours de la première réunion informelle du Comité de l'année suivante.

Rectifications projetées des Annexes de l'Appendice I concernant une Partie

3. Seront considérées comme des rectifications au titre de l'art. XIX de l'Accord les modifications suivantes apportées aux Annexes de l'Appendice I concernant une Partie:

a) une modification du nom d'une entité;

b) la fusion de deux entités ou plus mentionnées dans une Annexe; et

c) séparation d'une entité mentionnée dans une Annexe en deux ou plusieurs entités qui sont toutes ajoutées aux entités mentionnées dans la même annexe.

4. Dans le cas de rectifications projetées des annexes de l'Appendice I concernant une Partie visés au par. 3, la Partie présentera une notification au Comité tous les deux ans, à compter de la date d'entrée en vigueur du Protocole portant amendement de l'Accord existant (1994).

5. Une Partie pourra notifier au Comité une objection concernant une rectification projetée dans un délai de 45 jours à compter de la date de distribution de la notification aux Parties. Conformément à l'art. XIX:2, lorsqu'une Partie formulera une objection, elle en indiquera les motifs, y compris les raisons pour lesquelles elle estime que la rectification projetée affecterait le champ d'application mutuellement convenu de l'Accord et, par conséquent, que la rectification projetée ne relève pas du par. 3. En l'absence d'objection écrite, les rectifications projetées prendront effet 45 jours après la distribution de la notification, conformément aux dispositions de l'art. XIX:5 a).

6. Dans les quatre années suivant l'adoption de la présente décision, les Parties examineront son fonctionnement et son efficacité, et procèderont aux ajustements nécessaires.

Annexe B

Décision du Comité des marchés publics sur l'adoption de programmes de travail

Décision du 30 mars 2012

Le Comité des marchés publics,

Notant que, conformément à l'art. XXII:8 b), le Comité pourra adopter une décision indiquant les programmes de travail additionnels qu'il entreprendra pour faciliter la mise en œuvre de l'Accord et les négociations prévues à l'art. XXII:7 de l'Accord,

décide ce qui suit:

1. Les programmes de travail suivants sont ajoutés à la liste des programmes de travail pour lesquels le Comité engagera des travaux futurs:

a) examen de l'utilisation, de la transparence et des cadres juridiques des partenariats public-privé, et de leur relation avec les marchés couverts;

b) avantages et inconvénients de l'élaboration d'une nomenclature commune pour les marchandises et les services; et

c) avantages et inconvénients de l'élaboration d'avis normalisés.

2. Le Comité définira à une date ultérieure la portée et le calendrier de chacun de ces programmes de travail.

3. Le Comité réexaminera périodiquement cette liste de programmes et apportera les ajustements appropriés.

Annexe C

Décision du Comité des marchés publics sur un programme de travail sur les PME

Décision du 30 mars 2012

Le Comité des marchés publics,

Notant que l'art. XXII:8 a) de l'Accord sur les marchés publics (l'Accord) dispose que les Parties adopteront et examineront périodiquement un programme de travail, y compris un programme de travail sur les petites et moyennes entreprises (PME),

Reconnaissant qu'il est important de faciliter la participation des PME aux marchés publics, et

Reconnaissant que les Parties sont convenues, à l'art. XXII:6, de s'efforcer d'éviter d'adopter ou de maintenir des mesures discriminatoires qui faussent les procédures ouvertes de passation des marchés,

adopte le programme de travail ci-après concernant les PME:

1. Lancement d'un programme de travail sur les PME: À sa première réunion après l'entrée en vigueur du Protocole portant amendement de l'Accord (1994) existant, le Comité lancera un programme de travail sur les PME. Il examinera les mesures et les politiques concernant les PME auxquelles les Parties ont recours pour aider, promouvoir, encourager ou faciliter la participation des PME aux marchés publics, et établira un rapport sur les résultats de cet examen.

2. Prévention des mesures discriminatoires à l'encontre des PME: Les Parties éviteront d'adopter des mesures discriminatoires qui favorisent uniquement les PME nationales et dissuaderont les Parties accédantes d'adopter de telles mesures et politiques.

3. Programme de transparence et enquête sur les PME

3.1 Programme de transparence

À l'entrée en vigueur du Protocole portant amendement de l'Accord (1994) existant, les Parties qui maintiennent, dans l'Appendice I les concernant, des dispositions spécifiques relatives aux PME, y compris les marchés réservés, notifieront au Comité les mesures et les politiques de ce type. La notification devrait contenir une description détaillée des mesures et des politiques et indiquer leur cadre juridique pertinent, leur fonctionnement et la valeur des marchés auxquels elles s'appliquent. En outre, ces Parties notifieront au Comité toute modification substantielle desdites mesures et politiques, conformément à l'art. XXII:5 de l'Accord.

3.2 Enquête sur les PME

a) Le Comité demandera aux Parties des renseignements au moyen d'un questionnaire sur les mesures et les politiques auxquelles elles ont recours pour aider, promouvoir, encourager ou faciliter la participation des PME aux marchés publics. Le questionnaire devrait demander à chaque Partie les renseignements suivants:
   i) description des mesures et des politiques auxquelles la Partie a recours, y compris leurs objectifs économiques, sociaux et autres et la manière dont elles sont administrées;
   ii) définition que la Partie donne des PME;
   iii) mesure dans laquelle la Partie dispose d'organismes ou d'institutions spécialisés pour aider les PME dans le domaine des marchés publics;
   iv) niveau de participation des PME aux marchés publics, à la fois du point de vue de la valeur et du nombre des marchés adjugés aux PME;
   v) description des mesures et des politiques de sous-traitance aux PME, y compris les objectifs, les garanties et les incitations en matière de sous-traitance;
   vi) facilitation de la participation des PME à la présentation de soumissions conjointes (avec d'autres fournisseurs, grands ou petits);
   vii) mesures et politiques visant à donner aux PME la possibilité de participer aux marchés publics (par exemple, amélioration de la transparence et de l'accès des PME aux renseignements sur les marchés publics; simplification des conditions de participation aux appels d'offres; réduction de la taille des marchés; et paiement ponctuel des marchandises et des services fournis); et
   viii) utilisation des mesures et des politiques concernant les marchés publics pour stimuler l'innovation dans les PME.

b) Compilation des réponses à l'enquête du Secrétariat de l'OMC sur les PME: le Secrétariat de l'OMC fixera une date limite pour la transmission au Secrétariat des réponses au questionnaire de toutes les Parties. Après réception des réponses, le Secrétariat en établira une compilation et distribuera aux Parties les réponses et la compilation. Le Secrétariat inclura une liste des Parties n'ayant pas répondu.

c) Échanges entre les Parties sur les réponses au questionnaire sur les PME: Sur la base du document établi par le Secrétariat de l'OMC, le Comité fixera un délai pour l'échange de questions, la demande de renseignements complémentaires et la formulation d'observations sur les réponses des autres Parties.

4. Évaluation des résultats de l'enquête sur les PME et mise en œuvre de ses conclusions

4.1 Évaluation des résultats de l'enquête sur les PME

Le Comité identifiera les mesures et les politiques qu'il considère comme étant les meilleures pratiques pour promouvoir et faciliter la participation des PME des Par-

ties aux marchés publics et établir un rapport indiquant les meilleures pratiques en la matière et contenant une liste des autres mesures.

4.2 Mise en œuvre des conclusions de l'enquête sur les PME

a) Les Parties encourageront l'adoption des meilleures pratiques identifiées lors de l'évaluation des résultats de l'enquête pour encourager et faciliter la participation de leurs PME aux marchés publics.

b) En ce qui concerne les autres mesures, le Comité encouragera les Parties qui maintiennent de telles mesures à les réexaminer en vue de les éliminer ou de les appliquer aux PME des autres Parties. Ces Parties informeront le Comité des conclusions du réexamen.

c) Les Parties qui maintiennent d'autres mesures indiqueront la valeur du marché auquel elles s'appliquent dans les statistiques qu'elles communiqueront au Comité conformément à l'art. XVI:4 de l'Accord.

d) Les Parties pourront demander que ces autres mesures soient incluses dans les négociations futures au titre de l'art. XXII:7 de l'Accord, et ces demandes seront considérées favorablement par les Parties qui maintiennent lesdites mesures.

5. Examen

Deux ans après l'entrée en vigueur du Protocole portant amendement de l'Accord (1994) existant, le Comité examinera l'effet des meilleures pratiques sur l'accroissement de la participation des PME des Parties aux marchés publics, et examinera si d'autres pratiques accroîtraient davantage la participation des PME. Il pourra également examiner l'effet d'autres mesures sur la participation des PME des autres Parties aux marchés publics des Parties qui maintiennent lesdites mesures.

Annexe D

Décision du Comité des marchés publics sur un programme de travail sur l'établissement et la communication de données statistiques

Décision du 30 mars 2012

Le Comité des marchés publics,

Notant que l'art. XXII:8 a) de l'Accord sur les marchés publics (l'Accord) dispose que les Parties adopteront et examineront périodiquement un programme de travail, y compris un programme de travail sur l'établissement et la communication de données statistiques,

Considérant l'importance de l'établissement et de la communication de données statistiques, exigés par l'art. XVI:4 de l'Accord sur les marchés publics (l'Accord), pour assurer la transparence des marchés couverts par l'Accord,

Considérant que des données statistiques indiquant dans quelle mesure les Parties achètent des marchandises et des services auprès des autres Parties à l'Accord pourraient être un outil important pour encourager les autres Membres de l'OMC à accéder à l'Accord,

Reconnaissant les difficultés générales rencontrées par les Parties à l'Accord pour établir des données dans le domaine des marchés publics et, en particulier, pour déterminer le pays d'origine des marchandises et services qu'ils achètent dans le cadre de l'Accord, et

Reconnaissant que les Parties utilisent différentes méthodes d'établissement de statistiques pour se conformer aux prescriptions en matière de communication de l'art. XVI:4 de l'Accord, et qu'elles peuvent utiliser des méthodes différentes pour établir des données pour les entités du gouvernement central et pour les entités des gouvernements sous-centraux,

adopte le programme de travail ci-après concernant l'établissement et la communication de données statistiques:

1. Lancement du programme de travail sur l'établissement et la communication de données statistiques: À sa première réunion après l'entrée en vigueur du Protocole portant amendement de l'Accord (1994) existant, le Comité lancera un programme de travail sur l'établissement et la communication de données statistiques. Il examinera les méthodes d'établissement et de communication des données statistiques des Parties, étudiera la possibilité de les harmoniser, et établira un rapport sur les résultats.

2. Présentation de données par les Parties: Le Comité conviendra d'une date à laquelle chaque Partie devra lui avoir communiqué les renseignements suivants concernant les données statistiques sur les marchés couverts par l'Accord:

a) description de la méthode qu'elle utilise pour établir, évaluer et communiquer des données statistiques, pour les marchés d'une valeur supérieure et inférieure aux valeurs de seuil fixées par l'Accord et pour les marchés décrits au par. 4.2 c) du Programme de travail pour les PME, indiquant si les données sur les marchés couverts par l'Accord sont basées sur la valeur totale des marchés adjugés ou sur les dépenses totales pour les marchés passés pendant une période donnée;

b) renseignements sur le point de savoir si les données statistiques qu'elle établit indiquent le pays d'origine des marchandises ou des services achetés et, dans l'affirmative, de quelle façon elle détermine ou estime le pays d'origine et quels sont les obstacles techniques rencontrés dans l'établissement de données sur l'origine;

c) explication des classifications utilisées dans les rapports statistiques; et

d) description des sources de données.

3. Compilation des communications: Le Secrétariat établira une compilation des communications et distribuera aux Parties les communications et la compilation. Le Secrétariat inclura une liste des Parties n'ayant pas présenté de communications.

4. Recommandations: Le Comité examinera les communications des Parties et fera des recommandations sur:

a) le point de savoir si les Parties devraient adopter une méthode commune pour l'établissement de statistiques;

b) le point de savoir si les Parties peuvent normaliser les classifications des données statistiques communiquées au Comité;

c) les moyens de faciliter l'établissement de données sur le pays d'origine des marchandises et services couverts par l'Accord; et

d) d'autres questions techniques concernant la communication de données sur les marchés publics soulevées par les Parties.

5. Le Comité élaborera, selon qu'il sera approprié, des recommandations concernant:

a) l'harmonisation potentielle de la communication de statistiques en vue d'inclure des statistiques sur les marchés publics dans les rapports annuels de l'OMC;

b) la fourniture par le Secrétariat d'une assistance technique concernant la communication de statistiques aux Membres de l'OMC qui sont en cours d'accession à l'Accord; et

c) la manière de faire en sorte que les Membres de l'OMC qui sont en train d'accéder à l'Accord disposent des moyens appropriés pour se conformer aux prescriptions relatives à l'établissement et à la communication de données statistiques.

6. Analyse des données: Le Comité étudiera de quelle manière les données statistiques présentées au Secrétariat chaque année par les Parties peuvent être utilisées pour procéder à d'autres analyses afin de faire mieux comprendre l'importance économique de l'Accord, notamment l'incidence des valeurs de seuil sur le fonctionnement de l'Accord.

Annexe E

Décision du Comité des marchés publics sur un programme de travail sur les marchés publics durables

Décision du 30 mars 2012

Le Comité des marchés publics,

Notant que l'art. XXII:8 a) de l'Accord sur les marchés publics (L'Accord) dispose que les Parties adopteront et examineront périodiquement un programme de travail, y compris un programme de travail sur les marchés publics durables,

Reconnaissant que plusieurs Parties ont élaboré des politiques nationales et infranationales en matière de marchés durables,

Affirmant qu'il est important de veiller à ce que tous les marchés soient passés conformément aux principes de non-discrimination et de transparence énoncés dans l'Accord,

adopte un programme de travail relatif aux marchés publics durables:

1. Lancement du programme de travail sur les marchés publics durables: À sa première réunion après l'entrée en vigueur du Protocole portant amendement de l'Accord (1994) existant, le Comité lancera un programme de travail sur les marchés publics durables.

2. Le programme de travail portera, entre autres, sur les questions suivantes:

   a) objectifs de la passation de marchés publics durables;

   b) manière dont le concept de marché public durable est intégré dans les politiques nationales et infranationales en matière de passation des marchés;

   c) manière dont la pratique de la passation de marchés publics durables peut être compatible avec le principe de l'optimisation des ressources; et

   d) manière dont la pratique de passation de marchés publics durables peut être compatible avec les obligations commerciales internationales des Parties.

3. Le Comité identifiera les mesures et les politiques qu'il considère comme une pratique de la passation de marchés publics durables compatible avec le principe de l'optimisation des ressources et avec les obligations commerciales internationales des Parties, et il établira un rapport indiquant les mesures et les politiques constituant les meilleures pratiques.

Annexe F

Décision du Comité des marchés publics sur un programme de travail sur les exclusions et restrictions énoncées dans les Annexes concernant les Parties

Décision du 30 mars 2012

Le Comité des marchés publics,

Notant que l'art. XXII:8 a) de l'Accord sur les marchés publics (l'Accord) dispose que les Parties adopteront et examineront périodiquement un programme de travail, y compris un programme de travail sur les exclusions et restrictions énoncées dans les annexes concernant les Parties,

Reconnaissant que les Parties ont indiqué des exclusions et des restrictions dans les annexes de l'Appendice I de l'Accord les concernant (exclusions et restrictions),

Reconnaissant qu'il importe que les mesures relatives aux marchés publics soient transparentes, et

Considérant qu'il importe de réduire et d'éliminer progressivement les exclusions et les restrictions dans le cadre des négociations futures prévues à l'art. XXII:7 de l'Accord,

adopte le programme de travail ci-après relatif aux exclusions et restrictions énoncées dans les annexes concernant les Parties:

1. Lancement du programme de travail sur les exclusions et restrictions: À sa première réunion après l'entrée en vigueur du Protocole portant amendement de l'Accord (1994) existant, le Comité lancera un programme de travail sur les exclusions et restrictions énoncées dans les annexes concernant les Parties dont les objectifs seront:

a) d'accroître la transparence pour ce qui est de la portée et de l'effet des exclusions et restrictions spécifiées dans les annexes de l'Appendice I de l'Accord concernant les Parties; et

b) de donner des renseignements sur les exclusions et restrictions pour faciliter les négociations prévues à l'art. XXII:7 de l'Accord.

2. Programme de transparence: Chaque Partie communiquera au Comité, dans les six mois suivant le lancement du programme de travail, une liste:

a) des exclusions par pays qu'elle maintient dans les annexes de l'Appendice I de l'Accord la concernant; et

b) des autres exclusions ou restrictions spécifiées dans les annexes de l'Appendice I de l'Accord la concernant qui relèvent de l'art. II:2 e) de l'Accord, à

l'exception des exclusions ou restrictions examinées dans le cadre du programme de travail sur les PME ou des cas où une Partie a pris l'engagement d'éliminer progressivement une exclusion ou une restriction énoncée dans une annexe de l'Appendice I de l'Accord.

3. Compilation des communications: Le Secrétariat établira une compilation des communications et distribuera aux Parties les communications et la compilation. Le Secrétariat inclura une liste des Parties n'ayant pas présenté de communications.

4. Demandes de renseignements additionnels: Toute Partie pourra demander périodiquement des renseignements additionnels concernant toute exclusion ou restriction relevant du par. 2 a) et b), y compris les mesures visées par toute exclusion ou restriction, leur cadre juridique, les politiques et pratiques de mise en œuvre et la valeur du marché soumis à ces mesures. La Partie qui recevra une telle demande fournira les renseignements demandés dans les moindres délais.

5. Compilation des renseignements additionnels: Le Secrétariat établira une compilation des renseignements additionnels concernant toute Partie et la distribuera aux Parties.

6. Examen par le Comité: À la réunion annuelle prévue à l'art. XXI:3 a) de l'Accord, le Comité examinera les renseignements communiqués par les Parties en vue de déterminer:

a) s'ils assurent le plus haut degré de transparence possible pour ce qui est des exclusions et restrictions spécifiées dans les annexes de l'Appendice I de l'Accord concernant les Parties; et

b) s'ils constituent des renseignements satisfaisants pour faciliter les négociations prévues à l'art. XXII:7 de l'Accord.

7. Nouvelle Partie accédant à l'Accord: Une nouvelle Partie qui accède à l'Accord communiquera au Comité la liste visée au par. 2 dans les six mois suivant son accession.

Annexe G

Décision du Comité des marchés publics sur un programme de travail sur les normes de sécurité dans les marchés publics internationaux

Décision du 30 mars 2012

Le Comité des marchés publics,

Notant que l'art. XXII:8 a) de l'Accord sur les marchés publics (l'Accord) dispose que les Parties adopteront et examineront périodiquement un programme de travail, y compris un programme de travail sur les normes de sécurité dans les marchés publics internationaux,

Notant que l'art. X:1 de l'Accord dispose que les entités contractantes «n'établir[ont], n'adopter[ont] ni n'appliquer[ont] de spécifications techniques […] ayant pour but ou pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international»,

Notant que l'art. III:2 a) de l'Accord n'empêche pas les Parties d'imposer ou de faire appliquer des mesures nécessaires à la protection de la sécurité publique, à condition que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifié, soit une restriction déguisée au commerce international,

Reconnaissant la nécessité d'une approche équilibrée entre la sécurité publique et les obstacles non nécessaires au commerce international,

Reconnaissant que des pratiques divergentes entre les Parties en matière de sécurité publique peuvent avoir un effet défavorable sur le fonctionnement de l'Accord,

adopte le programme de travail ci-après concernant les normes de sécurité:

1. Lancement du programme de travail sur les normes de sécurité dans les marchés publics internationaux: À sa première réunion après l'entrée en vigueur du Protocole portant amendement de l'Accord (1994) existant, le Comité lancera un programme de travail sur les normes de sécurité dans les marchés publics internationaux.

2. Le programme de travail portera, entre autres, sur les points suivants en vue du partage des meilleures pratiques s'y rapportant:

a) manière dont les préoccupations en matière de sécurité publique sont traitées dans la législation, la réglementation et les pratiques des Parties, et dans les lignes directrices pour la mise en œuvre de l'Accord par les entités contractantes;

b) relation entre les dispositions de l'art. X relatives aux spécifications techniques et la protection de la sécurité publique prévue à l'art. III de l'Accord et dans les annexes de l'Appendice I concernant les Parties;

c) meilleures pratiques pouvant être adoptées pour protéger la sécurité publique à la lumière des dispositions de l'art. X concernant les spécifications techniques et la documentation relative à l'appel d'offres.

3. Le Comité définira la portée et le calendrier de l'examen de chaque question identifiée au par. 2. Le Comité établira un rapport qui résumera les résultats de l'examen de ces questions et indiquera les meilleures pratiques identifiées au par. 2 c).