

Réglementations régissant les marchés publics : la révolution culturelle

Autor(en): **Clerc, Evelyne**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Défis / proJURA**

Band (Jahr): **2 (2004)**

Heft 5: **Les marchés publics**

PDF erstellt am: **11.09.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-824123>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Réglementations régissant les marchés publics

La révolution culturelle

Les marchés publics ont connu une révolution culturelle ces dernières années: d'une part, l'accès à cette chasse gardée traditionnelle des entreprises locales a été ouvert aux entreprises extracantonales et étrangères; d'autre part, les soumissionnaires évincés se sont vus reconnaître le droit de contester en justice les adjudications, auparavant largement considérées comme un «fait du prince».

Cette révolution est le fruit de l'influence conjuguée du droit international (conclusion d'un accord OMC sur les marchés publics dans le cadre de l'Uruguay Round), et de l'effort de revitalisation de l'économie suisse entrepris à la suite du refus de l'accord EEE (Espace économique européen). Elle s'est traduite sur le plan législatif par un foisonnement de règles nouvelles.

Les buts poursuivis par le nouveau droit sont la garantie de l'accès au marché, l'égalité de traitement des soumissionnaires, le renforcement de la concurrence et la lutte contre les cartels, ainsi que l'utilisation efficace des deniers publics. A cette fin, les marchés doivent être passés selon des procédures transparentes (publication d'appel d'offres comportant la description précise de l'objet du marché, les critères d'aptitude et d'adjudication ainsi que leur pondération respective).

MULTIPLICITÉ DES SOURCES

La réglementation des marchés publics relève de la **compétence partagée** de la Confédération, d'une part, et des cantons/communes, d'autre part. Le partage des compétences s'effectue en fonction du pouvoir adjudicateur. En outre, plusieurs accords internationaux constituent du droit supérieur qui s'applique – souvent directement – aux marchés publics fédéraux, cantonaux et communaux.

Le champ d'application des dispositions légales se superpose partiellement, de sorte que, le plus souvent, plusieurs réglementations s'appliquent simultanément à la passation d'un même marché. Pour déterminer à

quelles règles un marché est soumis, **quatre critères doivent être cumulativement vérifiés**: le pouvoir adjudicateur, le type de marché, la valeur du marché et la présence d'éventuelles exceptions. En outre, le **degré d'ouverture aux soumissionnaires extérieurs varie** d'une réglementation à l'autre.

LE CERCLE DES SOUMISSIONNAIRES ADMIS

Les soumissionnaires admis à présenter une offre varient d'une réglementation à l'autre.

Lorsqu'un **accord international s'applique**, l'accès au marché est ouvert à tous les soumissionnaires **suisses** et aux soumissionnaires **étrangers** domiciliés dans les Etats parties à cet accord international (c'est-à-dire les Etats parties à l'AMP ou les Etats membres de l'Union européenne (UE) ou de l'AELE).

Lorsque **le marché ne tombe pas dans le champ d'un accord international** (par exemple en raison du fait que sa valeur est inférieure aux seuils prévus par les accords internationaux), l'accès n'est garanti en droit qu'aux **seuls soumissionnaires suisses**. Ceux-ci disposent en principe tous d'un accès égal, quel que soit leur canton ou commune d'établissement.

LE DROIT INTERNATIONAL

L'accord OMC sur les marchés publics (AMP)

Les règles de l'AMP s'appliquent aux marchés publics des pays développés; en revanche, les pays en voie de développement ne sont pas parties à cet accord. Les règles de l'AMP sont largement inspirées du droit européen, qui a ainsi indirectement trouvé sa voie en droit suisse.

L'AMP s'applique aux administrations fédérale, cantonales et communales, ainsi qu'aux organismes délégataires de tâches publiques et dominés par des collectivités publiques. Il s'étend aussi aux entités actives dans les secteurs de l'eau, de l'électricité et des transports non ferroviaires. En ce qui concerne l'objet du marché, l'AMP englobe tous les types de fournitures (choses mobilières) et de travaux de construction, mais ne s'applique en revanche qu'à certains types de services limitativement énumérés. Il faut enfin souligner que seuls les marchés dont la valeur est supérieure à certains seuils sont soumis à l'accord:

- travaux : 9'575'000 francs;
- fournitures et services:
 - marchés fédéraux: 383'000 francs;
 - marchés cantonaux/communaux: 248'950 francs;



**Par
Evelyne Clerc**

*Docteur en droit, LL.M.,
titulaire du brevet d'avocat.
Chargée de cours à la Faculté
de droit de l'Université
de Neuchâtel*

• fournitures et services acquis par des pouvoirs adjudicateurs actifs dans les secteurs eau/électricité/transport non ferroviaire: 766'000 francs.

L'accord bilatéral CH-CE sur les marchés publics et la Convention AELE révisée

L'Accord bilatéral sur les marchés publics, entré en vigueur le 1^{er} juin 2002, étend l'ouverture convenue dans le cadre de l'OMC en assurant entre la Suisse et l'UE le même degré d'ouverture des marchés publics qu'au sein de l'UE. Il est doublé d'un frère jumeau, la Convention AELE révisée, qui s'applique entre la Suisse, la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein.

Ces deux accords ont étendu l'application des règles en matière de marchés publics à tous les pouvoirs adjudicateurs actifs dans le domaine des **transports ferroviaires** (CFE, BLS, etc.) et aux entités du secteur de l'énergie autre que l'électricité (gaz, chaleur). Sont aussi nouvellement assujetties les **entreprises privées au bénéfice d'un monopole ou d'une concession** pour exercer leurs activités dans les secteurs **eau/énergie/transport**. Enfin, l'Accord bilatéral a eu pour conséquence d'assujettir les communes à l'AMP, en leur appliquant le même régime que celui réservé jusque là aux cantons. Les valeurs seuils prévues par ces deux accords diffèrent quelque peu de celles prévues par l'AMP, tout en restant dans un ordre de grandeur comparable.

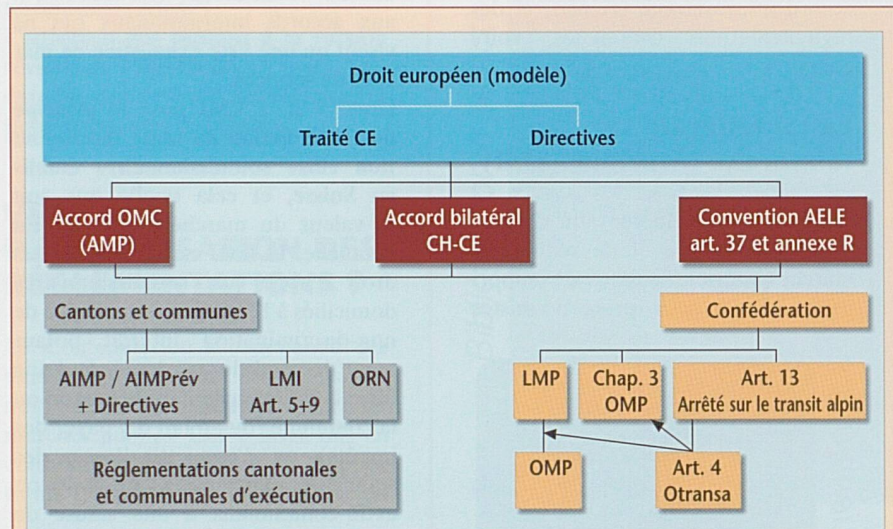
LES MARCHÉS FÉDÉRAUX

Les marchés publics de la Confédération sont principalement régis par deux textes.

La loi fédérale sur les marchés publics (LMP) s'applique aux marchés de la Confédération qui tombent dans le champ d'application d'un accord international.

L'ordonnance fédérale sur les marchés publics (OMP) a un double objet. D'une part, elle contient les

dispositions d'exécution précisant l'application de la LMP. D'autre part, elle règle dans son chapitre 3 la passation des « autres marchés » pour lesquels la Confédération n'a pas pris d'engagements internationaux et qui, de ce fait, ne sont pas assujettis à la LMP.



AELE

Association européenne de libre échange

AMP

Accord OMC sur les marchés publics, entré en vigueur le 1.1.1996, RS 0.632.231.4

Accord bilatéral CH-CE

Accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur certains aspects relatifs aux marchés publics, entré en vigueur le 1.6.2002, RS 0.172.052.68, RO 2002 p. 1951

Convention AELE

Convention instituant l'Association européenne de libre-échange, version consolidée entrée en vigueur le 1.6.2002, RS 0.632.31, RO 2003 p. 2717

LMP

Loi fédérale du 16.12.1994 sur les marchés publics, RS 172.056.1

OMP

Ordonnance du 11.12.1995 sur les marchés publics, RS 172.056.11

Ordonnance DETEC

Ordonnance du DETEC du 18.7.2002 sur l'exemption du droit des marchés publics, RS 172.056.111

Arrêté sur le transit alpin

Arrêté fédéral du 4.10.1991 relatif à la construction de la ligne ferroviaire suisse à travers les Alpes, RS 742.104

Otransa

Ordonnance du 28.2.2001 sur la construction de la ligne ferroviaire suisse à travers les Alpes (ordonnance sur le transit alpin), RS 742.104.1

AIMP

Accord intercantonal sur les marchés publics du 25.11.1994, RS 172.056.4

AIMPrév

Accord intercantonal sur les marchés publics des 25.11.1994 / 15.3.2001, RS 172.056.5

LMI

Loi fédérale du 6.10.1995 sur le marché intérieur, RS 943.02

ORN

Ordonnance du 18.12.1995 sur les routes nationales, RS 725.111

La construction des nouvelles transversales ferroviaires alpines est aussi intégralement soumise au droit fédéral sur les marchés publics.

En revanche, la construction et l'entretien des routes nationales, bien que faisant l'objet d'une réglementation-cadre fédérale (ORN), relèvent de la compétence des cantons.

LES MARCHÉS CANTONAUX ET COMMUNAUX

Les marchés des cantons et des communes sont régis par un «patchwork réglementaire»: les accords internationaux auxquels la Suisse est partie (AMP, Accord bilatéral et Convention AELE), des règles de droit fédéral (art. 5 et 9 LMI), un accord intercantonal (AIMP) et des réglementations cantonales, voire communales.

La loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)

La LMI a été adoptée afin de revitaliser l'économie et de réaliser le marché intérieur suisse, en supprimant les obstacles protectionnistes

subsistant encore entre les cantons, en particulier en matière de marchés publics (art. 5 LMI). Cette loi fait actuellement l'objet d'une révision, afin d'en améliorer l'efficacité.

L'article 5 LMI s'applique aux marchés passés par les cantons, les communes et les autres entités assumant des tâches publiques cantonales ou communales. En revanche, cette disposition ne vise pas les pouvoirs adjudicateurs fédéraux. S'agissant de

l'objet mis en soumission, la LMI s'étend à tous les types de travaux, de fournitures et de services, sans aucune restriction (contrairement aux accords internationaux qui ne visent qu'une liste exhaustive de marchés de services.

L'art. 5 al. 1 LMI pose le principe de l'interdiction de toute discrimination en Suisse, et cela quelle que soit la valeur du marché en cause. En revanche, la LMI ne confère aucun droit d'accès aux soumissionnaires domiciliés à l'étranger. Le principe de non-discrimination interdit notamment de conditionner le dépôt d'une offre à un domicile dans le canton ou la commune (ou au fait d'y payer des impôts), ou d'assujettir l'accès des soumissionnaires extra-cantonaux ou extra-communales à une clause de réciprocité, ou de prévoir une préférence de prix en faveur des soumissionnaires locaux.

L'art. 5 al. 2 LMI exige la publication d'un appel d'offres ainsi que celle des critères d'aptitude et d'adjudication pour les marchés « importants ». Tel doit en tout cas être le cas pour les marchés dont la valeur est supérieure aux seuils prévus par les accords internationaux. Au surplus, la version révisée de l'Accord intercantonal sur les marchés publics reflète un consensus entre les cantons quant à la valeur des marchés devant faire l'objet d'un appel d'offres (250'000 francs pour les fournitures, les services et les travaux du second œuvre; 500'000 francs pour les travaux du gros œuvre).

Exceptionnellement, des restrictions au libre accès aux marchés publics sont possibles, pour autant qu'elles soient justifiées par un motif d'intérêt public (protection de la vie et

de la santé de l'être humain, des animaux et des végétaux; protection de l'environnement, protection de la loyauté des échanges commerciaux et protection des consommateurs; objectifs de politique sociale et énergétique; garantie d'une formation professionnelle suffisante), qu'elles soient appliquées de manière non discriminatoire, et qu'elles répondent au principe de proportionnalité (art. 3 LMI). En matière de respect des conditions de travail, il

est admis qu'un niveau de protection similaire existe dans toute la Suisse, de sorte qu'un pouvoir adjudicateur ne peut imposer à un soumissionnaire établi en Suisse dans un autre canton le respect des conditions de travail au lieu d'exécution du marché. Seul peut être exigé le respect des conditions de travail en vigueur au lieu d'établissement du soumissionnaire, sauf exception en cas de véritable dumping social.

L'article 9 LMI oblige les cantons à prévoir une voie de recours permettant aux soumissionnaires évincés de contester l'adjudication d'un marché.

L'article 9 LMI oblige les cantons à prévoir une voie de recours permettant aux soumissionnaires évincés de contester l'adjudication d'un marché.

L'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP)

L'AIMP du 25.11.1994, auquel tous les cantons avaient adhéré, a fait l'objet d'une révision en mars 2001. Celle-ci est déjà en vigueur pour sept cantons (état à fin 2003), et est en cours de ratification dans les autres cantons.

L'accord intercantonal poursuit un double but : d'une part, transposer les accords internationaux dans les droits cantonaux et, d'autre part, réaliser le marché intérieur suisse en matière de marchés publics.

L'AIMP révisé s'applique à tous les types de marchés, sans aucune restriction (fournitures, travaux et tous les types de services), et quelle qu'en soit la valeur. Toutefois, le montant estimé du marché joue un rôle dans le choix de la procédure de passation (procédure ouverte ou sélective pour les marchés importants, procédure sur invitation ou de gré à gré pour les marchés de faible valeur), ainsi que

Liens utiles

www.simap.ch

contient les avis d'appel d'offres et adjudication de nombreux cantons, les réglementations cantonales en matière de marchés publics, des liens aux arrêts rendus par les tribunaux cantonaux et par la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics, ainsi que des informations générales sur les marchés publics, comme le Guide romand pour l'adjudication des marchés publics ;

www.vpb.admin.ch/franz/cont/aut/aut_1.2.313.html

contient la jurisprudence publiée de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics ;

www.gimap.ch/f/index.htm

guide interactif pour les marchés publics élaboré par la Confédération ;

www.beschaffung.admin.ch/fr/index.htm

site de la Commission des achats de la Confédération ;

www.svoeb.ch

site de l'Association suisse des marchés publics.

dans le droit d'accès garanti ou non aux soumissionnaires étrangers (voir plus haut «le cercle des soumissionnaires admis»).

Les **pouvoirs adjudicateurs** soumis à l'AIMP révisé sont les administrations **cantonales** et **communales**, ainsi que les organismes (de droit public ou de droit privé) dominés par des collectivités publiques cantonales ou communales, et qui sont délégués de tâches publiques de caractère autre qu'industriel ou commercial. Cette dernière définition exclut du champ de l'accord des entités qui, telles les banques cantonales, exercent une tâche publique de nature commerciale ou industrielle. La compatibilité de cette exclusion avec les exigences découlant de l'article 5 LMI est sujette à controverse : la Commission de la concurrence considère en particulier que tout délégué de tâches publiques doit respecter la réglementation sur les marchés publics, indépendamment du caractère éventuellement industriel ou commercial de cette tâche.

Le respect de l'AIMP s'impose aussi aux **entités actives dans les secteurs eau/énergie/transports** et qui, soit sont soumises à l'influence prédominante d'un ou plusieurs cantons, soit exercent un service public sur le territoire d'un ou plusieurs cantons ou communes. Une domination par la Confédération ou un service public exercé sur l'ensemble du territoire suisse entraîne en revanche une application du droit fédéral.

Enfin, une personne acquérant un bien ou service doit respecter les règles sur les marchés publics lorsque l'acquisition en cause est subventionnée à plus de 50% par une collectivité publique.

Les réglementations cantonales et communales

Les réglementations cantonales, voire communales, sur les marchés publics visent à exécuter les principes contenus dans l'AIMP. Elles suivent toutes plus ou moins fidèlement les Directives modèles adoptées par l'organe intercantonal en accompagnement de l'AIMP. Selon le principe de la hiérarchie des normes, les réglementations cantonales et communales doivent respecter les accords internationaux, le droit fédéral (LMI) et le droit intercantonal (AIMP).

L'adhésion des cantons à la version révisée de l'AIMP du 15 mars 2001 entraîne une révision des réglementations cantonales respectives.

VERS UNE HARMONISATION DES RÉGLEMENTATIONS ?

La Confédération a commandé des études afin d'évaluer les effets des nouvelles réglementations sur les marchés publics. Elle a aussi mis en consultation la question de l'opportunité d'une unification partielle du

droit fédéral et cantonal en la matière. Cette unification aurait pour avantage de simplifier le cadre légal et devrait conduire à une plus grande harmonisation des pratiques qui divergent parfois encore sur certains points entre la Confédération et les cantons, voire entre les cantons.

Il ressort d'une première évaluation partielle de la procédure de consultation que les milieux économiques souhaitent clairement une harmonisation plus étendue, alors que les cantons sont plus réticents à cet égard, en particulier si cette harmonisation devait prendre la forme d'une loi fédérale applicable aux marchés fédéraux et cantonaux. Une éventuelle adhésion de la Confédération à l'AIMP a aussi été suggérée. ■

Bibliographie sélective

CLERC Evelyne, *Commentaires des art. 5 et 9 LMI*, in: **TERCIER Pierre/BOVET Christian** (éd.), *Droit de la concurrence – Commentaire romand*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Genève 2002.

GALLI Peter/MOSER André/LANG Elisabeth, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Schulthess, Zurich 2003.

POLTIER Etienne, *Les marchés publics: premières expériences vaudoises*, RDAF 4/2000 | 297 ss.

ZUFFEREY Jean-Baptiste/MAILLARD Corinne / MICHEL Nicolas, *Droit des marchés publics – Présentation générale et code annoté*, Editions Universitaires, Fribourg 2002.



Bulletin d'adhésion

L'adhésion à l'ADIJ (CHF 50.-/année) donne droit à l'abonnement à « Défis » et aux informations concernant l'association

Coupon à retourner au secrétariat de l'ADIJ, Case postale 57, 2740 Moutier 1, tél. +41 (0)32 493 41 51, fax +41 (0)32 493 41 39, adresse électronique : adij@vtx.ch

Nom :

Prénom :

Entreprise :

Commune :

Adresse :

Tél. :

Fax :

Adresse électronique :