

Évolution du droit des marchés publics en Suisse

Pour l'économie suisse, les marchés publics revêtent une importance considérable. En 2004, par exemple, le volume des commandes passées dans ce cadre dépassait nettement les 30 milliards de francs, soit quelque 25% de la totalité des dépenses de l'État et 7,5% du produit intérieur brut (PIB)¹. Le droit des marchés publics n'en est pas moins compliqué et peu transparent. Fruit d'une évolution historique particulière, c'est une compilation provenant d'éléments de droit aussi divers que les règles de l'OMC, les accords bilatéraux entre États, les droits fédéral, cantonal et communal, ce qui lui donne un caractère hétéroclite qui n'a guère son pareil dans d'autres domaines juridiques.

D'obscurs débuts

Longtemps le droit des marchés publics a vécu une existence très effacée. Jusqu'à la moitié des années nonante, les seuls textes qui en traitaient au plan fédéral étaient l'ordonnance du 31 mars 1971² sur les soumissions et celle du 8 décembre 1975 sur les achats³. L'ordonnance sur les soumissions imposait une procédure d'appel d'offres pour toute commande de travaux publics à partir de Fr. 500 000. Elle ne s'étendait pas aux services d'architecture et d'ingénieurs. Pour les commandes publiques de matériel ou de biens, l'ordonnance sur les achats exigeait que trois offres au moins soient demandées. Par ailleurs, il existait des dispositions spéciales réglementant la répartition des mandats pour la construction des routes nationales. En revanche, l'adjudication des marchés de services ne faisait l'objet d'aucune disposition spéciale. Les fournisseurs évincés n'avaient aucun moyen de recours juridique contre la décision des autorités fédérales. C'était aussi le cas pour les acquisitions publiques concernées par les ordonnances sur les soumissions et les achats, étant donné que selon une pratique constante, l'adjudication n'était pas qualifiée d'acte de puissance publique, ce qui excluait tout recours.

De même, le droit international n'imposait en ce temps-là aucune «discipline». La convention de l'AELE du 4 janvier 1960⁴ ainsi que l'Accord du Gatt sur les marchés publics du 12 avril 1979⁵ prévoyaient certes pour la première fois des mesures de libéralisation (et donc d'encadrement), mais celles-ci demeuraient pratiquement sans effet. Quant à l'accord de libre-échange du

22 juillet 1972 avec la CE⁶, il ne contenait aucune disposition sur les marchés publics. La Suisse avait proposé en vain d'y introduire une clause de non-discrimination.

En réalité, l'octroi des mandats publics était laissé pour une large part à la discrétion des autorités adjudicatrices. L'attribution obéissait avant tout à des considérations d'économie politique – c'est-à-dire à des motifs relevant notamment de la politique régionale, budgétaire ou de l'emploi. Le souci de faire l'usage le plus économe possible des fonds publics n'était pas le seul critère déterminant.

Impulsions extérieures

Vers le milieu des années nonante, le régime des marchés publics connut un changement radical. Il fut libéralisé et soumis aux principes de la transparence et de l'égalité de traitement (ou non-discrimination) entre prestataires concurrents. Compte tenu de la traditionnelle imbrication des intérêts économiques et politiques qui caractérise la Suisse, il n'est pas étonnant que les principales impulsions en faveur d'une structuration juridique de ce domaine soient venues de l'extérieur:

1. D'un côté, le Conseil fédéral s'est vu contraint, après le refus populaire opposé le 6 décembre 1992 à l'adhésion de la Suisse à l'EEE, de compenser le plus largement possible, par des mesures autonomes, les inconvénients d'une non-appartenance au marché unique européen. Par conséquent, il décida d'inclure dans son programme de revitalisation de l'économie suisse la révision des ordonnances sur les soumissions et les achats, en plus de la révision de la loi sur les cartels (LCart) et de la création de la loi sur le marché intérieur (LMI) et de la loi sur les entraves techniques au commerce (LETC).
2. D'un autre côté, les progrès de la mondialisation de l'économie ont imposé la conviction que l'objectif de la libéralisation des marchés publics ne pouvait être obtenu que dans un cadre légal international. Cela explique que le champ d'application de l'accord du Gatt sur les marchés publics de 1979 ait été sensiblement élargi et que ses principes de transparence et de non-discrimi-



Prof. Matthias Oesch
Professeur assistant
en droit européen et droit
international économique
à l'université de Berne

1 Voir DFF (2008), p. 7.

2 RO 1971 673, 1983 1518, 1993 2524

3 RO 1975 2373, 1976 504, 1988 1206, 1993 2525

4 RS 0.632.31.

5 L'accord du GATT a été remplacé en 1996 par l'accord AMP-OMC (RS 0.632.231.422).

mination aient été approfondis au cours du cycle de l'Uruguay. Ces longues et complexes négociations aboutirent à la signature de l'*Accord sur les marchés publics du 15 avril 1994 à l'OMC (AMP-OMC)*, lequel entra en vigueur le 1^{er} janvier 1996, au moment même de la création de l'OMC⁷.

La transposition en droit suisse de l'AMP-OMC réclamait une conception profondément nouvelle du droit de l'adjudication dans nos frontières. Le législateur a donc renoncé à réviser les deux ordonnances sur les soumissions et les achats, pour élaborer en lieu et place la nouvelle loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP)⁸, avec son ordonnance d'application (OMP)⁹ du 11 décembre 1995; parallèlement, les cantons donnaient naissance à l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP)¹⁰.

L'AMP-OMC, un point de départ

Depuis son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1996, l'AMP-OMC constitue en Suisse le fondement du droit de l'adjudication. Il comporte d'importantes prescriptions minimales pour l'attribution de commandes portant sur des biens et services et sur des mandats de construction. À partir de certaines valeurs-seuils, les commandes publiques doivent suivre une procédure ouverte ou sélective. La procédure n'est libre que dans un certain nombre de cas exceptionnels bien définis. L'AMP-OMC oblige les États signa-

taires à instituer une procédure de recours efficace. Tandis que certains principes s'appliquent à l'ensemble des États signataires, le régime de l'accès au marché dans les relations bilatérales repose sur la réciprocité. Chaque État signataire a fixé dans les annexes de l'AMP-OMC des modalités d'application individuelles et fait usage de sa possibilité de définir des clauses de réciprocité à l'égard d'autres États. La Suisse s'est engagée à soumettre à la procédure d'appel d'offres public les commandes de l'administration centrale de la Confédération et des cantons ainsi que celles d'autres entités adjudicatrices (communes et entreprises de droit public) portant sur des infrastructures (approvisionnement électrique et en eau, transports publics à l'exception des chemins de fer, aéroports, ports intérieurs) et à ne pas traiter moins favorablement les offreurs d'États signataires que ceux domiciliés sur son territoire. Pour le règlement des différends, l'AMP-OMC permet aux signataires de recourir à la procédure ad hoc propre à l'OMC. Celle-ci est, toutefois, exclusivement réservée à l'usage interétatique et n'est pas ouverte aux entreprises privées.

L'AMP-OMC compte aujourd'hui 40 États signataires. Hormis la Suisse, en font partie les 27 États membres de l'UE et les trois États membres de l'AELE, les États-Unis, le Canada, Taïwan, le Japon, Singapour, la Corée du Sud, Hong Kong, Israël et Aruba. Leurs marchés publics sont ainsi accessibles sans discrimination aux opérateurs suisses dans les domaines précisés par l'AMP-OMC.

Encadré 1

Accord bilatéral avec la CE

Vers la fin des négociations du cycle d'Uruguay, la CE et la Suisse décidèrent de continuer à négocier sur une base bilatérale l'extension du champ d'application de l'AMP-OMC. Ces discussions ont débouché sur la signature de l'Accord bilatéral du 21 juin 1999 portant sur certains aspects relatifs aux marchés publics^a. Cet accord se traduit par une ouverture réciproque des marchés comparable à celle qui avait été prévue dans le cadre de l'accord sur l'EEE négocié entre les pays membres de la CE et la Suisse. Il étend le champ d'application de l'AMP-OMC aux communes et districts suisses et soumet à l'obligation d'appel d'offres certaines entités publiques et privées des secteurs des télécommunications, de l'eau, de l'énergie et des transports. Comme pour les accords bilatéraux passés entre la CE et la Suisse en général, les désaccords entre parties contractantes sont réglés sur une base consensuelle au sein du Comité mixte. Il n'existe pas de tribunal arbitral interétatique. L'accord ne touche, toutefois, pas aux droits et obligations définis par l'AMP-OMC. En cas de différend sur l'application du chapitre 1 (élargissement de la portée de l'Accord AMP-OMC), la procédure de règlement de l'OMC est applicable.

L'accord fait partie des accords bilatéraux et est entré en vigueur le 1^{er} juin 2002^b. La Convention de l'AELE a été adaptée le même jour et les droits et obligations supplémentaires définis ont aussi été étendus aux rapports entre la Suisse et les États membres de l'AELE (Islande, Norvège et Liechtenstein)^c. La mise en œuvre au niveau fédéral des accords bilatéraux et de la Convention révisée de l'AELE s'est opérée par le biais d'une révision de l'OMP sur la base d'une norme de délégation existante contenue dans la LMP. Pour leur part, les cantons ont décidé de mettre en œuvre l'accord bilatéral et la Convention révisée de l'AELE à la faveur de la révision du 15 mars 2001 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP). Les cantons ont, dès lors, été invités à adapter leurs lois cantonales sur les soumissions. Depuis l'adhésion de Glaris à l'AIMP le 3 mai 2009, l'accord révisé s'applique à tous les cantons.

a RS 0.172.052.68.

b Voir Balastér/Schüpbach (2008) pour une évaluation des effets de cet accord.

c RS 0.632.31., art. 37 en lien avec l'annexe R.

Depuis son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1996, l'AMP-OMC constitue en Suisse le fondement du droit de l'adjudication. En illustration: l'ancien chef du Département fédéral des affaires étrangères lors de la conférence ministérielle de l'OMC qui s'est tenue à Singapour cette année-là.



Photo: Keystone

Ils présentent un intérêt économique non négligeable, surtout pour de gros volumes de commandes et lorsque n'entrent plus en ligne de compte des atouts naturels comme la proximité géographique et la connaissance des particularités locales. En revanche, les entreprises suisses sont désormais exposées à plus forte concurrence sur le territoire national. Nos pouvoirs publics sont tenus d'organiser des «appels d'offres OMC» dans les meilleures règles – ce qui parfois leur prend beaucoup de temps et leur impose des contraintes administratives non négligeables – et de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse.

Application sur le plan fédéral

La mise en œuvre de l'AMP-OMC pour les marchés publics de la Confédération s'est concrétisée en Suisse par le biais de la LMP. Bien que diverses dispositions de l'AMP-OMC soient immédiatement applicables dans notre pays et n'exigent donc pas une transposition en droit national, le législateur a décidé de faire reposer, en Suisse aussi, le droit de l'adjudication sur un fondement essentiellement nouveau. De plus, l'AMP-OMC contient des dispositions d'exécution qui ont nécessité une normalisation de nos textes de loi. Il en a été ainsi, entre autres, pour l'aménagement de la protection juridique au sein des États. Par ailleurs, au moment de l'élaboration de la LMP, le Parlement a généralement négligé d'introduire des requêtes supplémentaires – tout à fait souhaitables pourtant – en faveur d'une libéralisation du système d'adjudication allant au-delà des adaptations nécessaires à l'AMP-OMC. La LMP vaut pour toutes

les entités adjudicatrices relevant du domaine de compétence de la Confédération. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1996 en même temps que l'AMP-OMC.

Le texte de la LMP, qui est largement celui d'une loi-cadre, est précisé et concrétisé par l'OMP. Le chapitre 3 de l'OMP contient au surplus des règles s'appliquant aux «autres marchés» que ne signalent ni l'AMP-OMC ni la LMP. Il s'agit notamment des marchés dont la valeur est inférieure aux seuils fixés dans la loi ou des commandes passées par des adjudicateurs qui ne sont pas visés par l'AMP-OMC ou la LMP. La réglementation par ordonnance des principes d'adjudication des commandes de la Confédération reprend la pratique définie antérieurement par les ordonnances sur les soumissions et les achats. Elle pose problème au regard du principe de légalité.

Application au niveau cantonal

Conformément au régime de répartition des compétences entre la Confédération et les cantons, il manquait à l'État central, vers le milieu des années nonante, une base constitutionnelle pour que les normes de l'AMP-OMC soient transposées dans les législations cantonales. À quelques exceptions près, le droit d'adjudication demeure très largement aujourd'hui de la compétence des cantons. Pour faciliter l'application de l'AMP-OMC au plan cantonal, les cantons ont donc décidé de définir un cadre commun sous la forme de l'AIMP. Cet accord avait aussi pour but d'assurer une certaine harmonisation des règles d'adjudication cantonales, jusque là peu coordonnées entre elles, et de la libéralisation des marchés publics sur le plan

6 RS 0.632.401.

7 RS 0.632.231.422.

8 RS 172.056.1.

9 RS 172.056.11.

10 Précédemment RS 172.056.5; a été entretemps retiré du RS.

intercantonal. L'égalité de traitement garantie aux fournisseurs cantonaux et extra-cantonaux va plus loin que l'accord AMP-OMC, qui ne prescrit la non-discrimination qu'à l'égard des fournisseurs domiciliés dans d'autres États signataires. Par ces nouvelles dispositions, les cantons transposaient du même coup les règles d'adjudication de la LMI du 6 octobre 1995, qui précise que les fournisseurs extérieurs au canton doivent bénéficier du même traitement que les fournisseurs locaux¹¹.

Entré en vigueur le 21 mai 1996, l'AIMP ne s'étendait d'abord qu'à quatre cantons. Les autres cantons s'y sont très vite ralliés – le dernier en date étant Appenzell Rhodes Intérieures, le 27 mars 2000. À l'instar de la LMP, l'AIMP établit un régime-cadre. Une fois l'AIMP entré en vigueur, il revenait à chaque canton d'élaborer des lois d'exécution appropriées. Pour l'occasion, les lois cantonales réglant les soumissions se sont largement inspirées des directives (non contraignantes) d'exécution de l'AIMP (directives DEMP), adoptées par la Conférence suisse des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement. Divers cantons ont également fait usage du droit expressément reconnu par l'AIMP de passer des accords analogues avec des régions frontalières ou des États voisins. À ce titre, mentionnons par exemple les clauses de réciprocité que de nombreux cantons suisses alémaniques ont convenu d'introduire, avec le Bade-Wurtemberg et la Principauté de Liechtenstein, dans leurs accords sur les marchés publics.

Les défis actuels

Le droit d'adjudication suisse a connu de profonds changements ces quinze dernières années. Il s'est finalement matérialisé dans sa forme actuelle à partir d'un ensemble bigarré de sources juridiques internationales, nationales et cantonales. À de rares exceptions près, les commandes des pouvoirs publics dépassant une certaine valeur font aujourd'hui obligatoirement l'objet d'une procédure d'appel d'offres. La décision d'adjudication est conforme aux principes de transparence et de non-discrimination et soumise au contrôle des tribunaux. Cela dit, le régime actuel souffre encore de carences. Des améliorations s'imposent, principalement sur les points suivants.

Convivialité

La diversité des sources juridiques et leurs multiples points d'attache et combinaisons offrent d'intéressantes possibilités de fécondation mutuelle. Mais ce système entraîne

aussi une complexification et un éparpillement du droit de l'adjudication. À maints égards, sa facilité d'application et sa sécurité juridique laissent à désirer. D'importantes incohérences subsistent en fonction de la source de droit qui s'applique. Cela se vérifie en particulier pour les valeurs-seuils, l'admissibilité des négociations (de prix), la prise en compte de critères étrangers à la procédure d'adjudication ou encore pour l'aménagement de la protection juridique. De plus, même les spécialistes ont de la peine à s'y retrouver dans les abondantes annexes consacrées aux domaines d'application individuels et matériels concernant la Suisse, spécificités qui d'ailleurs, dans l'AMP-OMC, ne font foi pour notre pays que dans leur version française. Ces textes compliqués ne sont guère accessibles aux profanes. Il est donc primordial de simplifier les prescriptions existantes sur tous les plans, d'assurer leur intégration verticale et leur coordination et d'éviter les dissonances.

Développement sur le plan international

Les États signataires de l'AMP-OMC négocient depuis une bonne dizaine d'années une révision de cet AMP¹². Le projet d'accord révisé introduit des modifications et des améliorations essentielles. La recherche d'un consensus sur des mesures de libéralisation supplémentaires parmi les divers États signataires – mesures toujours fondées sur le principe de réciprocité – apparaît, toutefois, difficile. La Suisse souhaiterait que ces négociations aboutissent prochainement. À l'avenir, le droit de l'adjudication continuera de faire partie des domaines juridiques sujets à des influences et impulsions extérieures. Pour l'instant, il a été décidé de renoncer à négocier un accord multilatéral sur la transparence des marchés publics qui serait contraignant pour tous les pays membres de l'OMC. C'est regrettable. En définitive, le caractère plurilatéral de l'AMP-OMC fragilise l'ambition de l'OMC de réglementer intégralement, à l'échelle planétaire, le commerce interétatique.

Harmonisation (partielle) au plan suisse

Le souci de mettre fin à l'éparpillement du droit a toujours figuré en très bonne place dans l'agenda politique¹³. Une harmonisation au moins partielle du droit fédéral et cantonal serait souhaitable pour des raisons de sécurité juridique, d'économie et de simple commodité. L'ambition fondamentale du droit de l'adjudication est d'offrir à tous les fournisseurs un accès sans discrimination au marché; or, l'actuel système fédéraliste représente un obstacle en ce domaine. Il faut un régime-cadre offrant des principes d'adjudication uniformes pour que le mar-

Encadré 2

Les autres accords bilatéraux

Outre les accords bilatéraux avec la CE, les accords de libre-échange (ALE) que la Suisse a conclus avec des pays tiers comportent des obligations parfois substantielles en matière de marchés publics. Cela vaut surtout pour les accords passés avec des pays non-signataires de l'AMP-OMC. Dans de tels cas, la Suisse cherche régulièrement à négocier l'accès à des marchés d'approvisionnement sur la base des normes AMP-OMC. Cela lui a réussi notamment pour les ALE avec la Colombie, le Mexique et le Chili. D'autres ALE incluent toutefois des clauses de développement ou de négociation. La clause de développement confirme l'intention des parties contractantes d'obtenir une libéralisation mutuelle du marché, tandis que la clause de négociation les oblige à engager des négociations sur la base de la réciprocité lorsque l'une d'elles concède à un pays tiers un accès élargi à ses propres marchés. Des clauses de développement figurent dans les accords liant la Suisse à la Croatie, à la Jordanie, au Maroc, à l'Égypte et à la Turquie. L'on trouve aussi des clauses de négociation dans les ALE passés avec des pays signataires de l'AMP-OMC, par exemple Israël, le Japon, la Corée et Singapour.

11 RS 943.02. Art. 5.

12 Voir les articles de Nicholas Niggli et Patrick Leduc dans le présent numéro.

13 Voir le rapport explicatif du DFF sur le projet de consultation concernant la révision de la loi fédérale sur les marchés publics, du 30 mai 2008, p. 18 ss.

14 Voir les articles de Marco Fetz et Markus Tanner dans le présent numéro.

15 Rapport explicatif du DFF sur la modification de l'ordonnance sur les marchés publics (OMP) du 18 novembre 2009, p. 4.

Encadré 3

Bibliographie

- Balastèr Peter et Schüpbach Jan, «Des marchés publics largement libéralisés entre la Suisse et l'UE», *La Vie économique*, 11-2008, p. 17ss.
- Biaggini Giovanni, «Das Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens», dans Thürier/Weber/Portmann/Kellerhals (éd.), *Bilaterale Abkommen I & II Schweiz – EU: Ein Handbuch*, Zurich, 2007.
- Cottier Thomas et Oesch Matthias, *International Trade Regulation: Law and Policy in the WTO, the European Union and Switzerland*, Londres/Berne, 2005.
- Département fédéral des finances (DFF), *Projet de consultation concernant la révision de la loi fédérale sur les marchés publics*, 30 mai 2008.
- Galli Peter, Moser André, Lang Elisabeth et Clerc Evelyne, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Zurich, 2007, 2^e éd.
- Fetz Marco, «Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes», dans Cottier/Oesch (éd.), *Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht*, Bâle, 2007.
- Priess Hans-Joachim, «Das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen», dans Priess/Berrisch (éd.), *WTO-Handbuch*, Munich, 2003.

ché intérieur suisse devienne performant. La résistance des cantons a, toutefois, eu raison jusqu'ici des efforts de réforme. C'est ainsi qu'on dénombre pour l'heure, en Suisse, 27 pratiques autonomes et jurisprudentes, régies le plus souvent par des règles propres et autres particularismes.

Améliorations ponctuelles

Si les efforts visant à réformer en profondeur le droit de l'adjudication en Suisse à la faveur d'une révision totale de la LMP sont restés vains, le Conseil fédéral a néanmoins décidé d'introduire certaines nouveautés par voie d'ordonnance. Celles-ci visent principalement à moderniser (appels d'offres en ligne) et à flexibiliser (mise au concours fonctionnelle, dialogue) les marchés publics de la Confédération. L'OMP partiellement révisée est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010¹⁴. En outre, le Conseil fédéral a l'intention de proposer au Parlement les deux mesures suivantes en vue d'accélérer la procédure d'adjudication: 1) pour les travaux publics urgents d'importance nationale, les recours ne doivent plus avoir d'effet suspensif, 2) les décisions en matière de marchés publics ne doi-

vent plus pouvoir être portées devant le Tribunal fédéral¹⁵. Enfin, le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (Detec) rédige actuellement un message pour une révision partielle anticipée de la LMP. ■



Accords bilatéraux Suisse-UE

La politique européenne à la portée de tous

Cette nouvelle publication du Bureau de l'intégration DFAE/DFE s'adresse à tous ceux qui suivent une formation ou qui s'intéressent à la question. Les accords bilatéraux leur sont expliqués dans un style compréhensible.

La brochure est disponible en français, allemand, italien et anglais (OFCL, Diffusions publications, 3003 Berne, n° de commande 201.343.F/D/I/E).

Par Internet:
www.europa.admin.ch ou www.bundespublikationen.admin.ch.