

La révision du droit des marchés publics apportera sécurité juridique et transparence

Les fondements juridiques du domaine des marchés publics manquent de clarté. La révision législative prévue améliorera leur transparence, tout en gommant les différences entre la Confédération et les cantons. Elle renforcera également la concurrence entre les soumissionnaires. *Hans Rudolf Trüb*

Abstract Le droit moderne des marchés publics est né au sein de l'OMC. Il garantit aux soumissionnaires étrangers la clause du traitement national et celle de la nation la plus favorisée (dans le cadre de l'accord de l'OMC). En outre, il met en œuvre dans les affaires intérieures deux principes qui relèvent du droit constitutionnel: l'égalité de traitement des acteurs économiques et la neutralité de la concurrence. Comme d'autres domaines du droit administratif, celui des marchés publics est surtout une jurisprudence que les tribunaux ont élaborée sur la base de cas concrets. Sa révision vise aussi bien à intégrer l'évolution du droit conventionnel qu'à codifier la pratique. Le groupe de travail chargée de la préparer s'est basé sur des directives claires: maintenir les acquis, clarifier ce qui ne l'est pas, harmoniser les divergences (entre la Confédération et les cantons) et rendre les progrès possibles.

Le 1^{er} janvier 2016, la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) fêtera son 20^e anniversaire. Pourtant, ce n'est pas à cause de son ancienneté qu'elle sera révisée. Le projet actuellement en consultation atteste la maturité du droit suisse des marchés publics; celui-ci est devenu une discipline juridique autonome durant ces deux dernières décennies. Les points clés de la révision, présentés ci-après, forment un ensemble qui a été décidé par la Confédération et les cantons. La révision renforce la concurrence sur le marché intérieur et au-delà. Elle offre l'occasion de créer une base légale harmonisée pour les achats réalisés par les pouvoirs publics suisses. Il convient de saisir cette chance.

Une loi qui s'applique à tous les achats

Le droit en vigueur a connu une croissance organique et il manque parfois de clarté en ce qui concerne son domaine d'application. Un système particulier à deux vitesses apparaît à l'utilisateur

expérimenté: tandis que les achats «soumis aux accords internationaux» sont assujettis à la loi, tous les autres ne doivent respecter «que» les dispositions prévues au chapitre 3 de l'ordonnance sur les marchés publics. La raison pour laquelle les premiers sont réglementés par la loi et les seconds par l'ordonnance échappe à toute logique. À l'exception de celles qui sont inférieures aux seuils (marchés «de minimis»), ni la valeur ni l'importance d'une acquisition ne dépendent du fait qu'elle soit soumise ou non aux accords internationaux.

Le projet de LMP place tous les achats au même niveau. Les prescriptions du droit des marchés publics sont les mêmes pour toutes les acquisitions effectuées par l'État. Certains allègements sont accordés (durée de l'offre, langues, publication, statistiques, protection juridique) en tenant compte de leur valeur. Par ailleurs, la procédure sur invitation est disponible (comme jusqu'à présent) pour les marchés n'entrant pas dans le champ d'application des accords internationaux. Cependant, les aspects communs prévalent nettement sur ces exceptions.

Appels d'offres publics pour les concessions et les indemnités

En ce qui concerne les indemnités et les concessions, ni les avis ni la pratique ne sont d'accord pour dire si elles sont également assujetties au droit des marchés publics. La loi sur le marché intérieur¹ prévoit que la transmission d'un monopole cantonal ou communal doit faire l'objet d'un appel d'offres et ne pas opérer de discrimination. Étant donné sa formulation vague et l'absence de règles opéra-

¹ Art. 2, al. 7, LMI



ISTOCK

tionnelles, cette disposition est restée lettre morte jusqu'ici. Elle sera, toutefois, maintenue en tant que norme subsidiaire pour le marché intérieur.

Dorénavant, la transmission de tâches de l'État sera soumise au droit des marchés publics – quelle que soit la désignation de l'acte de transfert et indépendamment du fait qu'une compensation directe ou indirecte soit accordée aux concessionnaires. Parmi les nombreux exemples existants, citons la mission qui consiste à faciliter la réinsertion des chômeurs dans la vie active par des mesures dites de marché du travail. Si celle-ci est exécutée par des tiers et financée par des fonds de l'assurance-chômage, son transfert doit faire l'objet d'un appel d'offres selon les règles du droit des marchés publics. Cela met en concurrence les prestataires possibles et garantit une gestion économique des fonds de l'assurance-chômage.

Les concessions qui n'ont pas de lien avec des tâches étatiques ne sont, inversement, pas concernées (par ex. les concessions d'usage accru du domaine public)². Même dans le cas des concessions de monopoles et de services

publics, le droit des marchés publics, axé sur la concurrence et la rentabilité, n'offre pas toujours le cadre approprié. Ce sont, par conséquent, les règles de droit spécial qui priment³.

Économiser en négociant

L'admissibilité des négociations sur les offres nécessite un débat plus objectif. La question n'est pas de savoir si elles doivent être menées avec les soumissionnaires, mais plutôt dans quelles circonstances et sur quels points on peut négocier. De tels pourparlers (par exemple sur certaines prestations ou sur des clauses du contrat) sont également à l'ordre du jour dans les cantons. Le nouveau droit devra veiller à ce que les négociations se déroulent de manière ordonnée et qu'elles soient transparentes.

Les négociations (sur les prix ou sur d'autres paramètres de l'offre) ne devraient jamais être menées sans raison. Les pouvoirs publics ont le droit de payer un prix conforme au marché pour leurs achats, mais ils n'ont pas intérêt à pratiquer un «nivellement par le bas». Dans la pratique – notamment quand il s'agit de prestations complexes –,

Production de conserves. La fourniture de 120 000 boîtes de viandes par an à l'armée relève du droit des marchés publics.

² Art. 8 al 2 AP-LMP.

³ LTC, LFH, LApEl et autres règles sectorielles.

l'autorité adjudicatrice ne réalise souvent qu'après l'ouverture des offres qu'une adaptation des exigences permettrait de trouver une solution plus économique (en deçà du seuil de signification). Dans le cadre de la rectification des offres, les soumissionnaires sont alors invités à tenir compte de cette adaptation. Cela peut modifier les prix.

Dans un tel environnement, il serait imprudent de se focaliser sur l'offre initiale. Pour des raisons liées au bon fonctionnement de la concurrence, il peut arriver que l'économie administrative impose de négocier les prix avec les soumissionnaires – en particulier si le cercle des candidats est restreint. Les négociations doivent, de toute façon, être mentionnées dans l'appel d'offres. Elles sont soumises aux principes de l'égalité de traitement et de la transparence.

Des sanctions en cas de corruption et de collusion

Les marchés publics sont sujets à la corruption et à la collusion. C'est pourquoi le projet de révision contient une liste des faits justifiant une exclusion ou une sanction grave des soumissionnaires. Cette liste va des déclarations fausses ou induisant en erreur jusqu'au crime en passant par le délit commis au préjudice de l'adjudicateur. Dans les cas graves, l'adjudicateur peut prononcer une exclusion des futurs marchés pour une durée maximale de cinq ans. Ces interdictions sont répertoriées sur une liste centrale, non publique, qui respecte la protection des données. Les sanctions s'inscrivent dans une procédure conforme aux principes de l'État de droit. Elles peuvent – nonobstant les limitations découlant du droit des marchés publics – faire l'objet d'un examen judiciaire.

Suite à une proposition de la Commission de la concurrence (Comco), la loi reprend en outre une obligation d'information en présence d'indices suffisants d'entente (collusion) entre soumissionnaires. Une notification à la Comco peut aussi intervenir indépendamment de la sanction prononcée à l'encontre des soumissionnaires concernés.

Un intérêt uniforme pour l'accès aux tribunaux

La garantie de l'accès au juge⁴ a été introduite dans la Constitution fédérale en 2000 lors de la réforme

Les marchés publics sont sujets à la corruption et à la collusion. C'est pourquoi le projet de révision contient une liste des faits justifiant une exclusion ou une sanction grave des soumissionnaires.

de la justice. Elle accorde à toute personne un droit à ce que sa cause soit jugée par un tribunal indépendant. Cela concerne les litiges juridiques qualifiés, dont font partie les contentieux administratifs. Les exceptions à cette garantie, telles que les «actes de gouvernement», ne s'appliquent pas ici.

Le droit des marchés publics présente la particularité que les achats inférieurs au seuil (dorénavant ceux de moins de 150 000 francs) se négocient de gré à gré, c'est-à-dire sans concurrence. Comme il n'est pas admissible que les garanties du droit procédural aillent plus loin que le droit matériel, une limite inférieure «de minimis»

se justifie également pour l'examen judiciaire des décisions d'adjudication. Cette limite doit, désormais, s'élever à 150 000 francs dans toute la Suisse.

L'inclusion des marchés non soumis aux traités internationaux dans le champ d'application de la LMP révisée permet de saisir les tribunaux – conformément à la garantie de l'accès au juge – dans de nombreuses affaires pour lesquelles il n'existait auparavant aucune possibilité de plainte. Afin de maintenir dans des proportions raisonnables les dépenses supplémentaires ainsi engendrées, le projet de révision introduit une procédure simple et rapide caractérisée par des délais courts, un simple échange d'écritures et des moyens de preuves limités. La compétence est attribuée à un juge unique du Tribunal administratif fédéral. À la demande de l'une des parties, le magistrat motive sommairement sa décision. Celle-ci est définitive.



Hans Rudolf Trüeb

Partenaire du cabinet d'avocats Walder Wyss, professeur titulaire à l'université de Zurich.

⁴ Art. 29a Cst.