

Le projet de révision de la législation fédérale sur les marchés publics apporte de nettes améliorations

La révision du droit des marchés publics, telle qu'elle est prévue, est fondamentalement constructrice. L'harmonisation ne peut que bénéficier au marché intérieur. *Jean-Baptiste Zufferey, Hubert Stöckli*

Abstract La révision du droit des marchés publics est en route. La procédure de consultation concernant l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) a commencé en automne 2014, suivie par la publication de l'avant-projet de nouvelle loi sur les marchés publics (AP-LMP). En 2008, on avait déjà tenté de réviser le droit des marchés publics et de clarifier les rapports entre la Confédération et les cantons. Le projet contenait diverses améliorations intéressantes, qui n'ont finalement pas été adoptées. Gageons que cette fois-ci, le législateur ira jusqu'au bout du processus. Les projets développés par la Confédération et les cantons font évoluer le droit des marchés publics de manière appropriée. D'une part, l'harmonisation visée et attendue depuis longtemps conforte le marché intérieur suisse. De l'autre, le projet accroît la sécurité juridique et la flexibilité des procédures, ce qui profitera à tous ceux qui ont à faire avec les marchés publics.

L'avant-projet du nouveau droit des marchés publics est disponible depuis le printemps dernier. La procédure de consultation se poursuit jusqu'au 1er juillet prochain. Un groupe de travail, composé de représentants des adjudicateurs, a élaboré l'avant-projet. Les cantons ont également pris part à ce processus; ils ont d'ailleurs publié un projet d'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) dès l'automne 2014. Les deux projets coïncident certes sur de nombreux points; ils comportent néanmoins aussi des différences qu'il convient de commenter sous l'angle juridique.

Le champ d'application est clarifié

Toute amélioration dans ce domaine est bienvenue, car les incertitudes sont nombreuses. On peut mentionner en particulier les difficultés suivantes:

1. Définition d'un marché public

Aujourd'hui, la législation ne définit pas ce qu'est un marché public, pensant sans doute que c'est une évidence. L'expérience a prouvé que tel n'est pas le cas: de multiples arrêts et avis de droit se

battent avec cette notion, en particulier dans les cas limites que sont les investissements du patrimoine financier, le sponsoring et le mécénat, l'internalisation («make or buy») et les partenariats publics-privés (PPP).

L'avant-projet comporte une définition légale de cette notion¹. Sa formulation est satisfaisante par sa clarté et parce qu'elle met en exergue les deux éléments constitutifs de tout marché: une commande spécifique de la part de l'adjudicateur et une rémunération en faveur de l'adjudicataire qui honore cette commande.

Par contre, deux affirmations dérangent. D'abord, le marché n'est pas un «contrat», mais une procédure qui se concrétise ensuite par la conclusion d'un contrat. Par ailleurs, nous nous arrêtons à la restriction impliquant qu'il n'existe un marché public que si l'adjudicateur demande une prestation «en vue d'exécuter une tâche publique».

Cette formulation est trop réductrice. Dès l'instant où l'adjudicateur est une collectivité publique, peu importe de savoir quel objectif il poursuit avec sa commande, qu'il paiera de toute façon avec des deniers publics. Avec cette formulation, on peut parier que les adjudicateurs (communaux) tenteront de soustraire certains de leurs marchés à toute soumission en arguant que ceux-ci ne reposent pas sur une tâche publique (par exemple, l'installation d'un réseau de chauffage à distance²).

2. Définition des pouvoirs publics et des entreprises publiques

Très judicieusement, l'avant-projet définit ce que sont les «pouvoirs publics» et les «entreprises publiques»³. On sera désormais certain que ces notions sont applicables en Suisse – quels que

¹ Art. 8 AP-LMP.

² Pour un arrêt dans ce sens: TC (KGer) FR 602.2012.123, 602.2012.127 du 24.10.2013, BR/DC 1/2014, p. 26 s. N. 6.

³ Art. 2 AP-LMP.



KEYSTONE

soient le type et l'ampleur du marché considéré – et qu'elles déterminent le champ d'application subjectif de la réglementation (un véritable casse-tête pour les praticiens à l'heure actuelle). Dans la même perspective, il faut vraiment saluer les efforts visant à clarifier la situation pour les marchés entre pouvoirs adjudicateurs, les marchés «in-house» ou «in-state»⁴. Les tribunaux suisses sont régulièrement confrontés à ces cas de figure⁵.

3. Le domaine des concessions est limité

L'avant-projet explore le domaine des concessions⁶. Il assujettit à soumission celles qui accordent des droits au concessionnaire dans un but d'intérêt public. Cette délimitation est judicieuse: assujettir à la loi toutes les concessions, même les domaniales d'usage exclusif, aurait généré une avalanche incontrôlable de procédures.

Que l'on songe, par exemple, au cas fréquent où une commune accorde à une entreprise de construction une concession temporaire d'empiètement sur la voie publique. À coup sûr, la loi n'aurait pas été appliquée. La formulation choisie correspond au surplus à la conception qui sous-tend

L'avant-projet de loi sur les marchés publics définit ce qu'est une entreprise publique. Le nouveau siège des CFF à Berne sert de décor à la rencontre de deux présidents: celui de la compagnie nationale ferroviaire Andreas Meyer (à gauche) et celui de la ville.

la nouvelle directive européenne sur les marchés de concessions⁷. La révision n'aura pas pour effet de supprimer les exemptions que le législateur a d'ores et déjà accordées, par exemple pour les concessions de forces hydrauliques⁸. La révision de l'AIMP propose un régime similaire au sujet des concessions; ce serait à notre avis un bon motif pour abroger purement et simplement l'art. 2, al. 7, LMI, une disposition qui crée plus d'incertitude qu'autre chose.

4. Les services juridiques soumis à la loi

L'avant-projet contient une énumération négative qui a contrario détermine les «services juridiques» soumis à la loi⁹. Les non-juristes cesseront donc de se plaindre que les juristes ont formulé une législation qui les avantage.

5. Les «clauses d'exemption» sont ambiguës

Le projet consacre une exemption générale pour les commandes publiques destinées à être reven-

⁴ Art. 12, al. 3, AP-LMP.

⁵ Exemples: arrêts de la CDAP (VGer) VD MPU.2011.0020 du 16.3.2012, MPU.2010.0008 du 6.12.2010 et GE.2007.0013 du 6.11.2009; pour un commentaire de ces jurisprudences, voir J.-B. Zufferey, «Marchés 'in-house' et 'quasi in-house'», BR/DC 1/2013, p. 28ss N. 2.

⁶ Art. 8, al. 2, AP-LMP.

⁷ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession du 26 février 2014.

⁸ Art. 60, al. 3bis et art. 62, al. 2bis, LFH.

⁹ Art. 12, al. 1, lit. G, AP-LMP.

dues dans le commerce¹⁰ et pour les adjudicateurs dont l'activité est soumise à une concurrence efficace¹¹. Remplaçant les procédures d'approbation actuelles, ces «clauses d'exemption» légales consacrent des exceptions «automatiques» au droit des marchés publics. Elles répondent au souci du législateur de valoriser la concurrence: lorsqu'elle existe, celle-ci discipline automatiquement le comportement des adjudicateurs, de sorte qu'un contrôle à travers une mise en soumission n'est plus nécessaire.

Ces «automatismes» posent problème. On peut parier que les exemptions vont créer un appel d'air. Les adjudicateurs les évoqueront, chaque fois que ce sera possible, pour tenter d'en profiter et de se dérober au droit. Ils trouveront des juristes et des économistes pour valider leur opinion.

Les points à clarifier seront multiples. Ainsi, l'assujettissement du pouvoir public ou de l'entreprise publique vaut-il pour toutes ses activités? Le Tribunal fédéral a réussi à esquiver la question lorsqu'elle s'est posée pour une entreprise qui avait commandé l'installation de panneaux solaires¹².

La procédure: les négociations restent limitées

Depuis toujours, le droit fédéral des marchés publics autorise les négociations, y compris celles qui concernent les prix. Cette possibilité demeure dans le projet et c'est le droit (inter)cantonal qui propose de s'aligner. Cette solution est judicieuse dans son principe, car l'interdiction des négociations favorise des pratiques douteuses, que l'on observe en particulier lors de la mise au point du contrat après l'adjudication.

La révision du droit fédéral en cours ne devrait toutefois pas dépendre du fait que les cantons puissent se résoudre ou non à lever leur interdiction de négociations; il ne s'agit pas d'une question capitale. De toute façon, les cas dans lesquels des pourparlers sont possibles resteront limités, malgré ce que laisse entrevoir le projet de message¹³. À notre avis, le projet provoque même une nouvelle restriction, dans la mesure où il n'autorise désormais plus les cycles de pures négociations sur les prix. Cela représente une limitation considérable sur le plan fédéral; il n'est

toutefois pas encore clair si la Confédération veut véritablement introduire cette restriction.

Le projet introduit la procédure du «dialogue compétitif» pour les commandes très complexes ou qui portent sur des prestations innovantes¹⁴. Cette procédure se pratique dans l'Union européenne, où elle fait souvent l'objet de lois spéciales.

Elle doit permettre (et permet) aux parties de développer la prestation désirée en commun et donc de discuter entre elles de leur futur contrat, sans être empêchées par la rigidité de la procédure de soumission. Un tel dialogue se pratique déjà avec un certain succès¹⁵. On ne sait pas exactement comment le dialogue compétitif devra se dérouler; le projet de révision de l'OMP ne contient pas de

disposition sur cette procédure. On peut, par exemple, se demander comment l'adjudicateur choisit son interlocuteur et comment il rémunérera les droits de propriété intellectuelle des participants.

L'avant-projet aborde le «contrat-cadre»¹⁶. Il est certain que cet instrument a besoin d'être réglementé, car le marché-cadre se pratique de plus en plus. Il permet d'éviter de trop nombreux appels d'offres. Toutes les questions que soulève cette procédure d'adjudication – le projet d'OMP n'en donne aucune précision – seront à traiter à la lumière du droit européen, très développé en la matière¹⁷.

De nombreuses clarifications sont utiles

Au surplus, le projet propose quantité de petites précisions qui seront extrêmement utiles aux praticiens parce qu'elles mettent fin à des controverses. En voici quelques exemples:

- une étude de marché préalable à l'appel d'offres n'entraîne pas la préimplication du mandataire¹⁸;
- pour déterminer la valeur d'un marché, tous les éléments de la rémunération doivent être pris en compte, en particulier les primes, les

De multiples arrêts et avis de droit se battent avec cette notion, en particulier dans les cas limites que sont les investissements du patrimoine financier, le sponsoring et le mécénat.

¹⁰ Art. 12, al. 1, lit. A, AP-LMP.

¹¹ Art. 4, al. 2, AP-LMP.

¹² TF (BGer) 2C_134/2013 du 6.6.2014, BR/DC 1/2015, p. 48s. N. 59.

¹³ Rapport explicatif du Département fédéral des finances relatif à la révision de la loi fédérale sur les marchés publics du 1er avril 2015, p. 52.

¹⁴ Art. 28, AP-LMPn

¹⁵ Par exemple au travers des procédures de MEP (mandats d'étude parallèles), telles que la norme SIA 143 les organise pour les projets d'architecture.

¹⁶ Art. 29 AP-LMP.

¹⁷ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services du 31 mars 2004 et Commission européenne, Fiche explicative – Accords-cadres – Directive classique, CC/2005/03_rev1 FR du 14 juillet 2005.

¹⁸ Art. 16, al. 3, AP-LMP.

- commissions et les intérêts attendus, à l'exclusion de la TVA¹⁹ ;
- la procédure de gré à gré peut être concurrentielle²⁰.

Il faut également mentionner les précisions apportées au régime des variantes²¹, ainsi que la nouvelle possibilité de prévoir plusieurs phases d'évaluation et de ne continuer la procédure qu'avec les trois offres les mieux classées²². Les autorités adjudicatrices disposeront de pouvoirs accrus pour contrôler la méthode de calcul du prix proposé par les soumissionnaires. Ce régime peut être critiqué. Il serait, en particulier, dérangeant que les adjudicateurs obtiennent par ce biais le droit de supprimer par décision administrative chez leur partenaire contractuel toute rémunération qui dépasserait les coûts («cost plus fee»).

Une protection juridique équilibrée

La protection juridique est une question difficile dans le domaine des marchés publics. On entend régulièrement des récriminations sur la lenteur et la lourdeur de la procédure de recours, et pas seulement pour les marchés fédéraux. Le projet propose un régime équilibré dont voici les principaux éléments:

1. La possibilité de recourir demeure pour les marchés non soumis aux accords internationaux. Elle est même étendue à tous les marchés de plus de 150 000 francs.
2. Dans de tels cas, la procédure doit être «simple et rapide»²³.
3. Le délai de recours reste de vingt jours, mais il sera unifié pour tous les marchés en Suisse,

par modification de l'AIMP. Le concordat qui prévoit aujourd'hui un délai de dix jours devra donc être révisé.

4. Le recours n'aura toujours pas d'effet suspensif automatique et celui-ci ne pourra être octroyé que s'il «paraît suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public prépondérant ne s'y oppose»²⁴.

Il n'y a pas de solution idéale qui permettrait de contenter tout le monde. Il serait sans doute plus agréable pour les autorités adjudicatrices qu'aucune voie de droit n'existe dans ce domaine. Dans la mesure, toutefois, où une mise en œuvre efficace des règles des marchés publics passe aussi par une protection juridique, il faut supporter le fardeau qui en résulte.

¹⁹ Art. 17 al. 3, qui aurait dû ajouter «tous les autres avantages en nature dès que leur valeur peut être calculée».

²⁰ Art. 23, al. 1 in fine, AP-LMP.

²¹ Art. 37, qui aurait dû préciser que l'adjudicateur doit évaluer les variantes comme toutes les autres offres et doit adjuger le marché à la variante si c'est la meilleure offre.

²² Art. 42, al. 5, AP-LMP.

²³ Art. 54, al. 4, AP-LMP. Les art. 54ss du projet de LMP et 52ss du projet d'OMP proposent différentes modalités de procédure à cet effet. Du point de vue de la hiérarchie des normes, la loi devrait contenir l'ensemble des dispositions relatives à la protection juridique; cela permettrait aussi de clarifier ses rapports avec la loi de procédure administrative.

²⁴ Art. 56, al. 3, AP-LMP.



Jean-Baptiste Zufferey
Professeur à l'université de Fribourg, président de l'Institut du droit de la construction.

Hubert Stöckli
Professeur à l'université de Fribourg, directeur de l'Institut du droit de la construction.