

Évolution parallèle et harmonisation du droit des marchés publics

En révisant l'ordonnance sur les marchés publics (OMP), la Confédération actualise dans un premier temps son propre droit des marchés publics. Des nouveautés et des précisions, approuvées par les cantons, seront introduites. En même temps, le Conseil fédéral renonce expressément à des dispositions ayant des répercussions directes au niveau cantonal. Aussi la voie de la collaboration et de l'harmonisation du contenu est-elle ouverte. Les cantons s'en réjouissent et examinent la possibilité d'adapter leurs concordats. Toutefois, les défis sont nombreux au vu de la diversité des procédures législatives.



George Ganz
Bureau d'avocat G. Ganz, Zurich, délégué de l'Autorité intercantonale des marchés publics et de la Conférence suisse des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement DTAP

Le 18 novembre 2009, le Conseil fédéral a décidé, dans un premier temps, qu'une simple révision de l'OMP suffisait. Il n'a pourtant pas laissé tomber celle de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP), mais l'a simplement reportée. Entre les deux, la Confédération ne veut que réglementer son propre droit des marchés publics. Durant la procédure de consultation, elle a tenu compte de la principale objection des cantons contre la révision de la LMP et de l'OMP et a ouvert la voie à l'harmonisation parallèle de ce domaine du droit. Des adaptations réciproques et des formulations analogues sont envisageables, ce qui représente un pas important en direction de la coopération en matière d'harmonisation.

Pas de réglementation sur l'intervention du droit fédéral, d'où une occasion de collaborer

Au niveau cantonal, il faut privilégier la voie intercantonale; il faudrait aussi continuer à associer les communes à ce processus parce que le champ de validité de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) les englobe aussi. C'est le grand avantage de ce concordat auquel ont adhéré les 26 cantons et demi-cantons: les niveaux cantonaux et communaux sont uniformisés.

L'OMP révisée contient plusieurs nouveautés judicieuses; il faut donc examiner la possibilité de les intégrer dans le droit intercantonal. Il semble que le législateur fédéral lors de cette révision simple a toujours porté un regard sur la réglementation intercantonale. Il n'a pas hésité à reprendre les solutions qui existaient déjà et qui ont fait leurs preuves. En retour, les cantons sont invités à adhérer aux nouveautés, notamment à la réglementation qui invite à lancer des appels d'offres seulement par voie électronique sur simap, la plate-forme commune de la Confédération et des cantons.

Une évolution intercantonale exigeante

Cela étant, les cantons se trouvent face à un dilemme législatif. Ils doivent se demander s'il ne faudrait pas lancer une procédure en vue d'une refonte complète de l'AIMP parallèlement à cette révision simple de la légis-

lation fédérale. Pour réviser le concordat, les gouvernements et les parlements doivent prendre les décisions nécessaires; il faut même parfois solliciter le corps électoral. Certains points de la révision de l'OMP figurent déjà dans l'AIMP, du moins sous une forme similaire, ce qui rend une révision moins impérative. Néanmoins, si la Confédération entreprend, dans quelques années, de réviser la LMP – même de manière approfondie –, afin de la mettre en conformité avec l'Accord sur les marchés publics (AMP) du Gatt et de l'OMC, cela impliquerait une nouvelle révision de l'AIMP si on veut concrétiser sérieusement l'harmonisation parallèle. Plusieurs révisions de l'AIMP en un court laps de temps ne se justifient pas et ne sont pas possibles du point de vue politique.

Faut-il pour autant renoncer à une révision intermédiaire à titre provisoire? Au niveau intercantonal, on envisage d'intégrer dans le concordat les dispositions législatives cantonales d'exécution, qui sont encore individuelles, dans la mesure où cela est nécessaire, et de les uniformiser. Cela implique la réglementation de tout les points contenus dans le concordat. Cette étape importante doit avoir lieu en parallèle à la révision complète du droit fédéral afin d'obtenir la meilleure coordination possible. Ce n'est qu'en procédant de cette manière que l'on pourra obtenir les meilleurs avantages pour les adjudicateurs et les soumissionnaires.

Un groupe cantonal d'experts examine ces questions en ce moment. Selon les circonstances, la première étape au niveau cantonal devrait être l'adaptation des lois d'exécution. L'autorité intercantonale peut mettre sa compétence à disposition pour émettre des directives en matière d'adjudication. On préparera en parallèle une révision complète qui devra être prête lors de l'entrée en vigueur de l'AMP après sa refonte. Puis, la procédure d'adhésion pourra être ouverte sans délai. Dans tous les cas, il ne faut pas se contenter de répondre aux questions intéressant la collaboration intercantonale, il faut aussi trouver une solution porteuse. ■