

Parlamentsdienste
Services du Parlement
Servizi del Parlamento
Servetschs dal parlament



Organe parlementaire de contrôle de
l'administration

CH-3003 Berne

Tél. 031 323 09 70

Fax 031 323 09 71

www.parlament.ch

pvk.opca@pd.admin.ch

L'ouverture des marchés publics en Suisse sous l'angle juridique et économique

Rapport final à l'attention de la Commission de gestion du Conseil
national

Berne, le 14 mars 2002

L'essentiel en bref

En dépit de sa complexité et de ses contradictions, l'application du droit des marchés publics semble fonctionner p

our des adjudications standard (marchés bien définis et fréquemment attribués). La législation est beaucoup plus difficile, voire impossible à appliquer pour des marchés atypiques.

Le droit actuel ne tient pas compte de l'évolution de l'environnement économique et social, qui incite les collectivités publiques à déléguer des compétences et des responsabilités à des entreprises semi-étatiques ou directement au secteur privé. La technologie évolue aussi plus rapidement et les marchés à attribuer deviennent de plus en plus complexes. Les adjudicateurs se retrouvent donc de plus en plus fréquemment dans des situations nouvelles, qui n'ont pas été prévues par la législation. Un flou juridique s'installe ainsi sur l'attribution d'une partie croissante des marchés publics. La grande majorité des experts et des acteurs engagés dans le domaine réclame une clarification, une simplification et une harmonisation du droit actuel ainsi que la réglementation des nouvelles situations.

Selon certains des experts consultés, la multiplicité des organes fédéraux et (inter)cantonaux impliqués dans la mise en œuvre du droit des marchés publics requiert des efforts de coordination supplémentaires. En effet, force est de constater qu'il n'existe pas de lignes directrices coordonnant les activités de ces divers organes. Aucun de ces derniers n'exerce le leadership. Ces organes ne possèdent pas de droit de recours auprès d'une autorité judiciaire. A l'exception de la Comco, ils ne disposent pas non plus de mesures contraignantes pour veiller à la mise en application du droit des marchés publics. Dès lors, le principal moteur de l'application de la législation reste les voies de droit ouvertes aux soumissionnaires. Toutefois, les voies de recours sont entravées par une série de facteurs structurels tels que par exemple le rapport coût/bénéfice défavorable de la procédure, la crainte de représailles. L'efficacité et la crédibilité des voies de recours en souffrent.

L'évaluation de l'impact économique de la nouvelle législation sur les marchés publics se heurte au manque de statistiques fiables. Bien qu'elles soient modestes, les données disponibles permettent de décrire les tendances suivantes : la prochaine introduction du portail Internet commun (www.simap.ch) devrait permettre d'accroître la transparence des processus d'adjudication. Dans l'optique de la réalisation de l'objectif d'accroissement de la concurrence, le nombre d'entreprises candidates semble en général suffisant, même si les entreprises étrangères sont encore peu présentes sur le marché suisse. L'égalité de traitement pourrait être mieux respectée entre autres par un choix plus judicieux des critères de qualification et d'adjudication, à la publication systématique de la pondération de ces critères, à une meilleure réglementation des négociations et à un intérêt plus marqué pour le respect des clauses sociales. L'impact sur les deniers publics demeure pour l'instant immesurable. A cet effet, la détermination du coût total final de chaque marché public et du coût des diverses procédures d'adjudication s'avère nécessaire. L'impact sur les prix payés par les adjudicateurs est également difficilement démontrable, même les statistiques indiquent pour 2001, pour certains biens de base, une baisse des prix unitaires.

Il s'est avéré impossible d'établir un bilan économique plus précis sur la base des données lacunaires disponibles. Cet état de fait contraste singulièrement avec le souhait, émis tant par les experts consultés que par les acteurs de l'administration publique, de disposer d'une évaluation économique établissant de manière pertinente les effets de la loi. La condition *sine qua non* pour la réalisation d'une telle étude est une récolte de données coordonnée et systématique. Dans cette optique, il serait souhaitable de lancer sans tarder la discussion sur la manière de récolter des statistiques probantes avec un rapport coût/bénéfice acceptable.

Table des matières

L'essentiel en bref

Table des matières

1 Introduction	1
1.1 Le mandat	1
1.2 L'ouverture des marchés publics	1
1.3 Les questions de bases	1
1.4 La méthode	2
1.5 La structure du rapport	2
2 Droit suisse des marchés publics	3
2.1 Accord OMC sur les marchés publics	5
2.2 Transposition de l'AMP	6
2.3 Accord bilatéral	8
2.4 Loi sur le marché intérieur	9
2.5 Problèmes nouveaux	10
2.6 La protection juridictionnelle	11
3 Acteurs de la mise en œuvre	15
3.1 Organes de la Confédération	15
3.2 Organes des cantons	19
3.3 Conclusion sur les acteurs de la mise en œuvre	19
4 Effets économiques de la législation	20
4.1 Considérations préalables	20
4.2 Résultats: marchés publics de la Confédération	21
4.3 Résultats : marchés publics des cantons	31
5 Conclusion finale	36
6 Bibliographie	39
6.1 Matériel administratif	39
6.2 Littérature spécialisée	40
7 Abréviations	42
8 Liste des experts	44
Annexe 1 : Tables des valeurs seuils	45
Annexe 2 : Réponses des principaux adjudicateurs fédéraux au questionnaire sur les marchés publics	47

1 Introduction

1.1 Le mandat

Le 15 février 2001, la sous-commission DFF / DFE de la Commission de gestion du Conseil national a chargé l'OPCA d'effectuer une étude sur la situation dans le domaine des marchés publics suisses, aux niveaux fédéral et cantonal à l'exclusion du niveau communal. L'OPCA a conclu ses recherches fin octobre 2001. L'objectif de cette étude est double : premièrement, fournir une vue d'ensemble de la situation dans le domaine du droit des soumissions ; deuxièmement, d'un point de vue économique, établir l'état des données empiriques disponibles afin d'évaluer l'impact de cette législation et, si possible, en tirer de premières conclusions.

1.2 L'ouverture des marchés publics

La notion de marchés publics comprend les marchés de biens, de services et de constructions attribués par les pouvoirs publics. En Suisse, le volume des marchés publics s'élevait, en 1997, à environ 31 milliards de francs (répartis entre la Confédération 19%, les cantons 38% et les communes 43 %). Ce montant représente environ 8% du produit intérieur brut et 22% des dépenses publiques de la Suisse.

Depuis le milieu des années nonante, un vent de libéralisation souffle sur les marchés suisses autrefois très cloisonnés. En 1994, la Suisse signa l'Accord Gatt/OMC sur les marchés publics (AMP). En 1995, le Parlement accepta le programme de revitalisation de l'économie suisse¹ en adoptant la Loi sur le marché intérieur (LMI), la Loi sur les cartels (Lcart) et la Loi sur les entraves techniques au commerce (LETC). En 1996, un nouveau régime de marchés publics entra donc en vigueur.

Cette nouvelle législation constitue un véritable changement de cap dans la politique des marchés publics. Dorénavant, les autorités adjudicatrices ne peuvent plus attribuer les marchés publics aux offreurs locaux ou nationaux sans les soumettre à la concurrence d'entreprises « extrarégionales » ou étrangères. Les avantages visés par la mise en œuvre du nouveau droit des marchés publics sont les suivants : une amélioration de la transparence des procédures et de l'accès aux marchés publics pour les entreprises suisses et étrangères, une augmentation de la concurrence, une meilleure efficacité dans l'attribution de marchés par les pouvoirs publics et une utilisation plus rationnelle des deniers publics.

1.3 Les questions de bases

Sur cette toile de fond, le présent rapport établit un "état des lieux" cinq ans après l'entrée en vigueur de la législation sur les marchés publics. Il aborde principalement les questions suivantes :

- Comment sont réglementés les marchés publics ? Comment sont appliquées et comment interagissent les différentes normes ?

¹ Le programme de revitalisation de l'économie suisse fut proposé par le Conseil fédéral en réponse au refus du peuple et des cantons d'adhérer à l'Espace économique européen le 6 décembre 1992.

- Quelles sont les activités menées par les organes chargés de surveiller et de coordonner l'application du droit des marchés publics ?
- Existe-t-il des données empiriques susceptibles de mesurer les effets que la nouvelle législation déploie sur l'économie suisse ? Dans l'affirmative, que peut-on en déduire ?

1.4 La méthode

Pour répondre à ces questions, l'OPCA a analysé la littérature spécialisée et mené des entretiens avec des avocats spécialistes du domaine, des professeurs d'universités ainsi qu'avec des experts de services fédéraux et cantonaux. Il a également interrogé les principaux adjudicateurs de la Confédération et récolté les données empiriques disponibles au sein de l'Administration fédérale et de six cantons sélectionnés².

1.5 La structure du rapport

Le présent rapport final résume les résultats de la recherche de l'OPCA³. Le chapitre 2 est consacré aux principales normes régissant le droit suisse des marchés publics et à leurs interactions. Le chapitre 3 décrit les acteurs chargés de la mise en œuvre du droit des marchés publics. Le chapitre 4 fait l'inventaire des données empiriques disponibles pour mesurer les effets que la législation déploie sur l'économie, et présente de premiers résultats. Le dernier chapitre, quant à lui, contient les principales conclusions de la recherche de l'OPCA.

² Ce travail ne prétend pas traiter de façon exhaustive les innombrables facettes des marchés publics, mais il se propose de donner une vue d'ensemble de la problématique des marchés publics. L'OPCA ne revient pas spécifiquement sur les aspects particuliers des marchés publics qui ont déjà été étudiés récemment par d'autres organes de la Confédération. Ainsi, en ce qui concerne le point de vue des entreprises soumissionnaires, l'OPCA renvoie le lecteur à l'étude effectuée par Peter Balastèr du seco en l'an 2000 : « KMU-Verträglichkeitstest Öffentliches Beschaffungswesen ». La recherche de l'OPCA ne traite pas non plus des problèmes de corruption en rapport avec les marchés publics. En 1998, le Service de contrôle administratif du Conseil fédéral a déjà abordé le sujet en publiant le rapport « Risques de corruption et mesures de sécurité au sein de l'administration fédérale ». Selon ce rapport, les domaines les plus exposés à la corruption au sein de l'Administration fédérale (p.ex. les marchés publics) sont protégés par des mesures efficaces. Le lecteur intéressé pourra également se référer à l'étude Bircher, Daniel / Scherler, Stefan, « Missbräuche bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen », Haupt, Bern, 2001, p. 133.

³ Un énoncé plus complet de la méthode et des résultats de la recherche figure dans le rapport de travail de l'OPCA.

2 Droit suisse des marchés publics

La Figure 1 (voir page suivante) présente les principales normes s'appliquant aux marchés publics.

Au niveau international, la Suisse a signé, dans le cadre des Accords OMC, l'**Accord sur les marchés publics du 15 avril 1994 (AMP)** (Accord de Marrakech) (RS 0632.231.42). L'AMP soumet certains marchés publics des Etats signataires aux principes du traitement national (offreurs des pays signataires traités de façon similaire aux offreurs nationaux) et de la non-discrimination. Cet accord a été transposé en droit fédéral pour les marchés fédéraux et, parallèlement, en droit intercantonal pour les marchés des cantons et des communes. Les marchés publics cantonaux relèvent de la compétence des cantons. Dans l'optique de la concrétisation de l'AMP, le droit cantonal ne sert donc pas à l'exécution du droit fédéral, mais est autonome.

Les marchés publics de la Confédération sont réglés par la **Loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP)** (RS 172.056.1) et par l'**Ordonnance fédérale sur les marchés publics du 1^{er} décembre 1995 (OMP)** (RS 172.056.11).

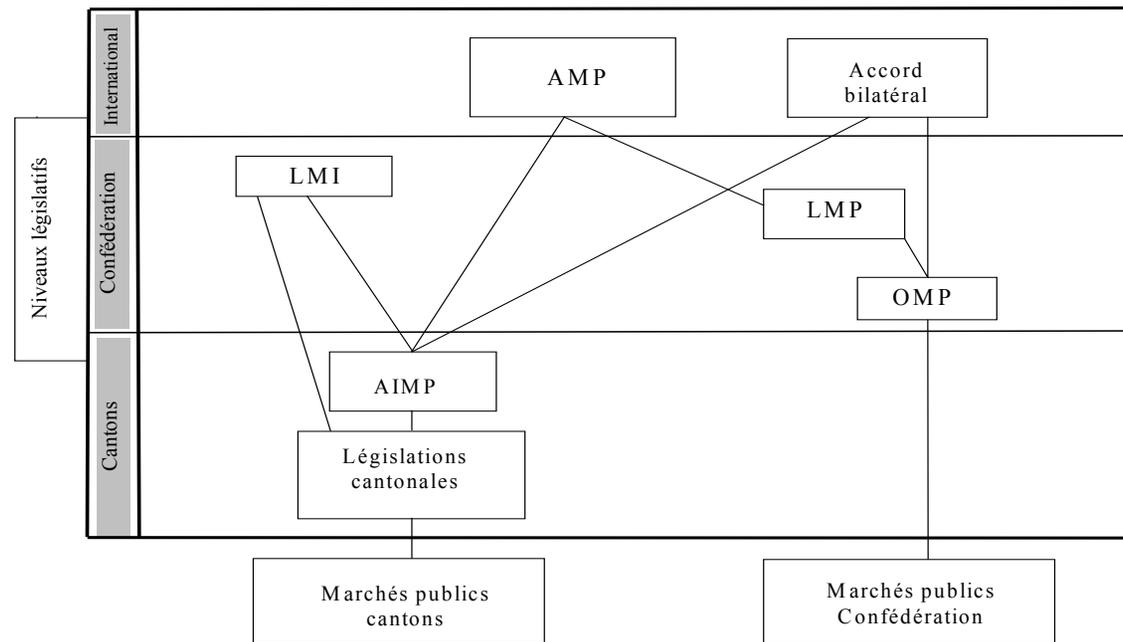
Les marchés cantonaux et communaux sont régis par l'**Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP)** (RS 172.056.4) adopté par la conférence intercantonale compétente. L'AIMP transpose l'AMP et assure l'ouverture intercantonale des marchés publics.

Par ailleurs, la **Loi fédérale sur les marchés publics (LMI)** (RS 943.02) émet des dispositions qui concernent directement les marchés publics des cantons et des communes. En garantissant un accès libre et non-discriminatoire à toute personne ayant son siège en Suisse, la LMI vise à décloisonner le marché intérieur.

Parmi les sept accords sectoriels, qui ont été conclus entre la Suisse et l'UE, et acceptés en votation par le peuple le 21 mai 2000, figure l'**Accord bilatéral sur certains aspects des marchés publics (Accord bilatéral)**. Il entrera en vigueur simultanément avec les six autres accords lorsque la procédure de ratification au sein de l'UE sera achevée (selon toute vraisemblance le 1^{er} mai 2002). En concluant l'Accord bilatéral, la Suisse et l'UE ont convenu d'élargir le champ d'application de l'AMP à de nouveaux secteurs et de l'étendre aux communes.

La **Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (LCart)** (SR 251), qui vise à supprimer, prévenir ou corriger toutes les restrictions à la concurrence (y.c. dans le domaine des marchés publics), ne figure pas sur le graphique pour des raisons de clarté. Les normes suivantes ne sont pas traitées dans le présent rapport final (et ne figurent donc pas non plus sur le graphique), mais sont abordées dans le rapport de travail : la **Loi fédérale sur les routes nationales du 8 mars 1960 (LNR)** (RS 725.11), l'ordonnance la complétant, l'**Arrêté sur le transit alpin** (RS 742.104), ainsi que d'autres réglementations applicables à certains marchés particuliers.

Figure 1: le système légal des marchés publics



Le droit suisse des marchés publics vise quatre buts qui ne sont pas hiérarchisés :

- la transparence de la procédure,
- l'accroissement de la concurrence,
- l'égalité de traitement et
- l'économie des deniers publics.

Comme moteur de la mise en œuvre, le droit des marchés publics prévoit des autorités de surveillance et surtout des voies de recours utilisables contre les décisions des adjudicateurs.

2.1 Accord OMC sur les marchés publics

L'AMP n'est applicable qu'aux marchés publics dont la valeur estimée dépasse certaines valeurs seuils⁴. Afin de garantir la transparence, l'égalité de traitement et le droit de recourir à tous les soumissionnaires, l'AMP règle de façon détaillée toutes les étapes de l'adjudication des marchés publics, qui vont de la publication des appels d'offres à la procédure de contestation en passant par la procédure à utiliser et la sélection de l'offre finale.

L'accord prévoit trois types de procédures⁵ pour l'attribution de marchés publics :

1. La **procédure d'adjudication ouverte** dans laquelle tout fournisseur intéressé peut soumettre une offre.
2. La **procédure d'adjudication sélective** dans laquelle seuls les fournisseurs sélectionnés sur la base de critères de qualification sont invités à soumettre leur offre. Il s'agit d'une procédure en deux étapes. Les critères de qualification des fournisseurs doivent se limiter aux exigences auxquelles l'entreprise doit satisfaire pour être en mesure de remplir le contrat. Toute exigence discriminatoire est interdite.
3. La **procédure d'adjudication limitée ou de gré à gré** dans laquelle l'entité adjudicatrice peut s'adresser directement, et sans publication préalable, à des fournisseurs pour qu'ils soumettent une offre. Les conditions auxquelles ce type d'appel d'offres est soumis sont strictement définies par l'AMP⁶.

En principe, les marchés publics situés au-delà des valeurs seuils doivent faire l'objet d'un appel d'offres public, c'est-à-dire qu'elles doivent être attribués dans le cadre d'une procédure ouverte ou sélective. L'autorité d'adjudication peut choisir librement une des deux procédures⁷.

⁴ Par valeur seuil, on entend la valeur estimée du marché public à partir de laquelle les dispositions de l'AMP ou d'autres normes en matière de marchés publics s'appliquent. Pour connaître le montant de ces valeurs seuils, se référer aux tableaux 1, 2 et 3 dans l'annexe 1.

⁵ Article VII, alinéa 3, lettres a-c de l'AMP.

⁶ Article XV de l'AMP, par exemple, lorsqu'aucune offre n'a été présentée dans le cadre de la procédure ouverte ou de la procédure sélective, ou en cas d'entente entre soumissionnaires, ou lorsqu'un seul fournisseur est en mesure d'offrir le bien, ou le service demandé, ou encore en cas d'extrême urgence, etc.

⁷ Décision de la CRM 005/1999 du 19.07.1999, Arrêt du tribunal administratif du canton de Neuchâtel du 19.12.1997 in Recueil de jurisprudence neuchâteloise, 1998, p. 233 ss.

Le choix de l'offre ne doit pas se porter forcément sur l'offre la meilleur marché, mais sur l'offre la plus avantageuse sur le plan économique. Les entités adjudicatrices disposent d'une marge de manœuvre leur permettant de tenir compte de critères tels que le prix, la qualité, le délai de livraison, le service après-vente, l'impact sur l'environnement, etc.

L'AMP a été transposé en droit fédéral pour les marchés fédéraux par la LMP et en droit intercantonal pour les marchés des cantons et communes par l'AIMP.

2.2 Transposition de l'AMP

Les marchés publics de la Confédération sont réglés par la Loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP) (RS 172.056.1), ainsi que par l'Ordonnance fédérale sur les marchés publics du 1^{er} décembre 1995 (OMP) (RS 172.056.11). Les marchés cantonaux et communaux sont régis par l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP) (RS 172.056.4) adopté par la conférence intercantonale compétente.

Les législateurs au niveau fédéral et cantonal ont tenté d'accorder leurs dispositions d'application de l'AMP. Les différences et les contradictions qui apparaissent malgré tout entre la réglementation de marchés publics de la Confédération et celle des cantons constituent autant d'entraves à une mise en application cohérente de l'AMP.

Selon l'AIMP (art. 11, let. c AIMP et § 26 des Directives), les cantons renoncent à mener des négociations sur les prix, les remises de prix et les modifications des prestations (rounds de négociation). Le droit fédéral prévoit en principe la possibilité de négociations conformément à l'AMP.

Par ailleurs, selon l'article 3, al. 1 AIMP, il est interdit de conclure le contrat avant la fin du délai de recours. En droit fédéral, une disposition similaire n'existe pas et l'adjudicateur aurait donc intérêt à conclure le contrat au plus vite après la décision d'adjudication. En effet, une fois le contrat conclu, la procédure de recours se limite à une simple constatation de l'irrégularité de la décision d'adjudication. La Commission de recours en matière de marchés publics (CRM) a résolu cette contradiction entre les droits fédéral et cantonal en estimant *que le contrat entre l'adjudicateur et l'offreur ne peut être conclu qu'après l'écoulement du délai de recours et, en cas de recours, que si le recourant ne demande pas l'effet suspensif ou si l'effet suspensif n'a pas été accordé*⁸. La CRM s'est toutefois vu reprocher d'avoir forcé le droit fédéral quant à la lettre et à l'esprit.

Le droit fédéral et le droit cantonal des marchés publics divergent également sur la question de la publication de la pondération des critères d'évaluation des soumissions. Selon la CRM, en application de l'article 21, alinéa 1 LMP, le principe de la transparence exige qu'une pondération des critères d'adjudication soit d'emblée portée à la connaissance des soumissionnaires⁹. En droit cantonal, le Tribunal fédéral (TF) estime que la publication des critères d'adjudication suffit à garantir le respect du principe de la transparence, et que l'adjudicateur n'est par conséquent pas tenu de publier la pondération exacte de ces critères.

⁸ Décision de la CRM du 17.02.1997, pour un commentaire critique voir : Gauch, Peter, in : DC 4/97, p.121.

⁹ Décision de la CRM du 27.06.2000 (CRM 2000-005), considérants 4a et 4b.

L'AIMP a été concrétisé par 26 législations cantonales. Certains cantons ont adopté non seulement une loi sur les soumissions, mais également plusieurs règlements (p.ex. sur les constructions et sur les biens et services), ce qui multiplie les risques d'incompatibilité d'une part entre les législations cantonales et l'AIMP et, d'autre part, entre les législations cantonales elles-mêmes.

L'une des contradictions les plus flagrantes relevées entre une disposition cantonale et l'AIMP (et la LMI) permet aux autorités d'adjudication cantonales de considérer l'offre des entreprises locales comme équivalente à l'offre la moins chère, pour autant qu'elle ne se situe pas à plus d'un certain pourcentage au-dessus du prix de l'offre la moins chère. Plusieurs législations cantonales connaissent encore ce genre de clause. Selon l'Ambassadeur Wasescha, président de la CMCC, ce genre de disposition discrédite la volonté de la Suisse de mettre en application l'AMP.

Les valeurs seuils prévues dans les législations cantonales sur les marchés publics, en application de l'AIMP, varient énormément d'un canton à l'autre. Cela pose des problèmes au niveau de la réciprocité et de l'égalité de traitement des soumissionnaires entre les cantons, et crée des tensions. Bien qu'une telle pratique soit parfaitement contraire à la LMI, les cantons disposant de seuils bas sont tentés d'écarter les offres provenant de cantons où les seuils sont élevés.

Le nouvel AIMP (AIMPrév), actuellement en phase de ratification par les cantons, harmonisera les valeurs seuils des cantons adhérents et interdira explicitement à ces derniers de prévoir une clause de réciprocité dans leur législation. Les valeurs seuils de l'AIMPrév révisé sont cependant nettement supérieures à celles fixées de façon non-contraignante dans les recommandations¹⁰ complétant les Directives pour l'exécution de l'AIMP. Ainsi, les valeurs seuils pour les prestations de service en dessous desquelles une procédure de gré à gré est prévue s'élevaient à 50'000 francs dans les recommandations alors que, dans l'AIMPrév, elles atteignent 150'000 francs. Un plus grand volume de marchés est donc appelé à être soumis à la procédure de gré à gré. Les entreprises étant dépendantes du bon vouloir des adjudicateurs pour accéder aux marchés situés en dessous des valeurs seuils, le risque de voir réapparaître des discriminations va, malgré la LMI, s'accroître. Pour le moment, la Comco se déclare satisfaite de la hauteur de ces seuils qu'elle estime compatibles avec la LMI pour autant qu'ils s'appliquent indifféremment aux offreurs locaux et extérieurs. L'autorité de la concurrence préconise toutefois de fixer ces seuils au niveau le plus profitable d'un point de vue économique, et de manière à permettre à la concurrence d'intervenir pour la plus grande partie du volume des marchés publics. La Comco recommande en outre aux cantons de prendre les mesures qui s'imposent pour que l'on dispose des données nécessaires pour mener, dans quelques années, une appréciation du niveau des valeurs seuils et pour procéder, si nécessaire, à une modification de ces valeurs¹¹.

Cette révision de l'AIMP améliorera sensiblement la situation. Toutefois, en dessous des nouvelles valeurs seuils, les réglementations cantonales d'attribution de marchés resteront différentes. Les problèmes se déplaceront simplement en dessous de ces valeurs seuils.

La mise en œuvre « en cascade » de l'AMP rend le droit des marchés publics extrêmement complexe. A chaque niveau de mise en application, le risque de

¹⁰ « Recommandations pour la réglementation de la passation des marchés publics cantonaux, dans la mesure où ils ne sont pas concernés par l'accord intercantonal » voir Zufferey, Jean-Baptiste, 1997, p. 188.

¹¹ Schaller, Olivier, 2001, p. 21 et Recommandation de la Comco, DPC 2000/2, p. 290.

contradiction et d'incohérence avec le niveau supérieur augmente. Cette augmentation de l'entropie juridique a pour effet d'accroître l'incertitude juridique. Même si l'on remonte jusqu'à l'AMP pour interpréter les dispositions d'application, l'insécurité juridique ne se réduit que partiellement, ce qui rend l'application de la législation pesante, compliquée et difficilement compréhensible que ce soit pour l'adjudicateur ou pour les soumissionnaires. Il devient d'autant plus difficile de réaliser le but de transparence poursuivi par l'AMP. Vu la complexité du droit des marchés publics, les adjudicateurs qui veulent être en mesure d'attribuer correctement des marchés (surtout non-standard) doivent souvent recourir à un conseiller juridique. Cette situation va naturellement à l'encontre du principe d'utilisation économique des deniers publics.

2.3 Accord bilatéral

L'Accord bilatéral élargit le champ d'application de l'AMP. Il soumet aux règles OMC les marchés publics des communes et des entreprises de droit privé ou public dans certains secteurs (comme ceux de l'eau, de l'énergie, des télécommunications ou du transport ferroviaire), pour autant que ces marchés dépassent certaines valeurs seuils.

L'Accord bilatéral devra être transposé en droit fédéral et en droit cantonal. Etant donné l'importante délégation législative contenue à l'article 2, alinéa 2 LMP, une révision de l'OMP aurait dû suffire à transposer l'Accord bilatéral au niveau fédéral. Le nouvel article 2, lettre c OMPrév, qui détermine le droit à appliquer en cas de marchés attribués en commun par des adjudicateurs fédéraux et cantonaux, nécessite toutefois une base légale¹². C'est pourquoi la LMP devra également être modifiée. En droit cantonal, une révision de l'AIMP concrétisera l'Accord bilatéral.

L'article 3, alinéa 5 de l'Accord bilatéral institue une clause d'exemption. Selon cette dernière, si certains secteurs ont été suffisamment libéralisés ou si les prestataires de services de ce secteur sont en concurrence dans une zone géographique donnée, l'obligation de respecter les règles des marchés publics tombe. Cette clause pourrait notamment s'appliquer au secteur des télécommunications (pour lequel la Commission européenne a déjà recommandé l'exemption) ou encore au domaine du transport de marchandises par rail. Selon l'article l'art. 2 lettre b OMPrév, c'est au DETEC qu'il appartiendra d'exempter les adjudicateurs en concurrence, après avoir pris le soin de consulter la Comco, les cantons et les milieux économiques concernés.

Chaque partie de l'accord, c.-à-d. l'UE et la Suisse, disposeront de leur propre commission indépendante chargée de surveiller le respect de toutes ses dispositions. En Suisse, cette fonction sera assurée par la Commission « marchés publics Confédération / cantons » (CMCC) qui surveille déjà la mise en application de l'AMP.

En vertu du droit cantonal et de la LMI, la plupart des marchés communaux sont déjà ouverts sur le marché intérieur suisse. Ils s'ouvriront désormais également sur le marché de la CE. Etant donné leur faible taille, très peu d'entre eux sont néanmoins susceptibles d'intéresser les entreprises étrangères (même d'importance régionale). D'ailleurs, dans les villes frontalières, les entreprises frontalières peuvent déjà répondre à des appels d'offres suisses, mais très rares sont celles qui le font¹³. L'Accord bilatéral aura probablement une portée pratique plus large pour les nouvelles entités soumises aux

¹² Projet de révision de l'OMP, Rapport explicatif du 18 juillet 2001, p. 17 ss.

¹³ Etat de Genève, « Evaluation de l'impact des accords bilatéraux », disponible sur Internet à l'adresse <http://www.geneve.ch/bilaterales/>

règles OMC (opérateurs de télécommunications, opérateurs ferroviaires, entités concessionnées de droit privé). L'introduction d'un droit de recours contre l'attribution des marchés nouvellement soumis au droit des marchés publics (c'est p.ex. le cas des marchés attribués dans le cadre d'Alptransit) constitue la principale nouveauté de l'Accord bilatéral.

2.4 Loi sur le marché intérieur

La LMI établit certains critères minimaux nécessaires au bon fonctionnement de l'espace économique suisse¹⁴. Ceux-ci doivent être respectés dans le cadre des adjudications effectuées par les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches cantonales ou communales. A noter que les marchés publics de la Confédération sont exclus du champ d'application de la LMI, et réglementés uniquement par la LMP et l'OMP¹⁵. Par conséquent, les prescriptions de la LMI sur les marchés publics s'appliquent exclusivement aux soumissions cantonales et communales, pour autant que l'AIMP ne soit pas applicable.

L'angle d'attaque de la LMI et celui des normes d'exécution de l'AMP sont distincts. Les normes AMP cherchent à régler les marchés publics à l'échelon international, alors que la LMI vise à ouvrir le marché intérieur suisse, dont font partie les marchés publics. Étant donné qu'il s'agit d'une loi-cadre, la LMI a été rédigée de façon plus générale, ce qui explique que son application aux marchés publics soulève de nombreuses incertitudes.

Selon l'article 5, alinéa 2 LMI, les cantons, les communes et les organes assumant des tâches cantonales ou communales doivent publier les projets de « *marchés publics de grande importance* » et tenir compte des engagements internationaux pris par la Suisse. Comment comprendre cette formule ? S'applique-t-elle à tous les marchés publics, quelle que soit leur valeur, ou seulement aux marchés dépassant les seuils AMP ? L'article 5, alinéa 2 LMI s'applique à des marchés portant notamment sur des « services ». S'agit-il de tous les genres de services ou seulement de ceux mentionnés dans les listes du droit des marchés publics (cf. annexes AMP, OMP, Directives AIMP, etc.) ? Ces questions n'ont pas encore été tranchées définitivement et font l'objet de vives discussions.

Bien qu'élaborés à la même époque et dans le même office (l'OFAEE, c.-à-d. l'ancien Office fédéral des affaires économiques extérieures, la LMI et le droit suisse des marchés publics basé sur l'AMP n'ont pas été suffisamment coordonnés. Il en découle de véritables casse-tête juridiques. Les solutions *ad hoc* prises par les autorités juridictionnelles pour résoudre les contradictions existant entre le droit des marchés publics et la LMI, ne font pas l'unanimité du point de vue juridique et suscitent de nombreuses controverses. La question des conditions de travail et celle du respect des prescriptions en matière de protection des travailleurs sont d'excellentes illustrations de cette problématique. En vertu du droit des marchés publics, et en particulier de l'AIMP, les soumissionnaires doivent en principe satisfaire aux conditions de travail en vigueur au lieu d'exécution du marché. Cette exigence est en contradiction avec la LMI qui

¹⁴ Cottier, Thomas et Wagner, Manfred, 1995, p. 1583.

¹⁵ Message du Conseil fédéral, in : FF 1995 I, page 1230, chiffre 153.2.

consacre le principe de provenance, à savoir le principe selon lequel l'offreur a le droit de se conformer aux dispositions légales de son canton d'origine¹⁶.

La plupart des experts consultés s'accordent à dire que la LMI joue un rôle intégrateur dans le domaine des marchés publics¹⁷. Les exigences de la LMI, qui sont notamment mises en application par le biais de l'AIMP, ont en effet fait converger la législation cantonale et la législation communale en matière de soumissions. La LMI a, par conséquent, mieux développé son potentiel dans le domaine des marchés publics que dans celui de la libre circulation des personnes et des services auquel l'OPCA a déjà consacré une évaluation¹⁸. On pourrait toutefois encore développer ce potentiel en clarifiant les points de la LMI dont l'interprétation est incertaine, et en accordant la LMI aux réglementations concrétisant l'AMP.

2.5 Problèmes nouveaux

Ces dernières années, les collectivités publiques ont été amenées à s'adapter à un environnement économique et social en pleine évolution. Des problèmes inédits se posent dans le domaine des marchés publics.

Le développement du New Public Management (NPM) et la privatisation de certaines activités des collectivités publiques soulèvent le problème des « in-house markets » (marchés attribués de façon interne à l'administration). Une entité administrative peut-elle lancer un appel d'offres et ensuite attribuer le marché à l'une de ses entités (organisée selon le droit public ou selon le droit privé), sans être soumise au droit des marchés publics¹⁹?

La tendance à la libéralisation du secteur public à laquelle nous assistons actuellement entraîne de plus en plus de cas d'adjudications étatiques qui ne concernent pas vraiment des achats de biens ou de services, mais plutôt des ventes de droits ou de prérogatives étatiques, comme l'adjudication de concessions hydroélectriques ou de droits d'affichage sur le domaine public. Ces cas constituent-ils des marchés publics au sens de la loi ? La Comco répond par l'affirmative²⁰. Le Tribunal fédéral, en revanche, estime que l'octroi d'une concession ne représente pas un marché public²¹.

La pré-implication des soumissionnaires est également un problème lancinant en droit des marchés publics. Pour des raisons techniques, il est souvent très difficile pour un adjudicateur de définir ses besoins sans faire appel à des entreprises spécialisées. Celles-

¹⁶ Voir à ce sujet l'arrêt du tribunal cantonal du Valais du 23.02.2001, recommandation de la Comco in : DPC 2000/2, p. 291 et Zufferey, Jean-Baptiste, 1998, in : DC, no 4/98, p. 148.

¹⁷ Voir notamment Schaller, Olivier, 2001.

¹⁸ OPCA, Evaluation : „Quel est de degré d'ouverture du marché intérieur suisse”, Berne, 2000. Le rapport final de l'évaluation (15 p.) est disponible sur le site Internet <http://www.parlement.ch> (Les commissions) et le rapport de travail (100 p.) peut être commandé au Secrétariat de l'OPCA, Services du Parlement, 3003 Berne. Voir également Zogg, Serge, 2001.

¹⁹ Voir arrêt du tribunal administratif du canton de Vaud du 2 juillet 1999 <http://www.marches-publics.vd.ch>. Pour un commentaire de l'arrêt se référer à Bovet, Christian, 2000, in : DC, no 2000/2, p. 62.

²⁰ Recommandations de la Comco in : DPC, 1999/2, p. 267 ss. et p. 310 ss. Voir également Schaller, Olivier, 2001.

²¹ Arrêt du TF 125 I 209.

ci peuvent-elles répondre aux appels d'offres qu'elles ont contribué à élaborer ? La loi ne répond pas de façon définitive à cette question²².

Il arrive qu'entre le moment de la formulation de l'appel d'offres et celui de l'adjudication, le marché à attribuer se soit modifié en raison d'une évolution de la conjoncture, d'un progrès technologique etc. Ce peut-être le cas de la construction d'un hôpital, de l'installation d'un laboratoire, voire de l'acquisition d'un système informatique. Peut-on modifier le projet en cours de route ? Peut-on reformuler ou compléter l'appel d'offres pour autant que l'on respecte, naturellement, le principe de l'égalité de traitement ? La législation actuelle a plutôt tendance à figer les adjudicateurs dans leur choix initial.

Lorsque l'attribution d'un marché public est effectuée par plusieurs collectivités publiques (p.ex. par plusieurs cantons ou par plusieurs cantons et la Confédération) ou lorsque le marché est attribué conjointement par des collectivités publiques et de entreprises du secteur privé, se pose la question de savoir quel est le droit applicable²³.

De manière générale, il apparaît que le droit des marchés publics s'applique plus aisément à des marchés standard qui sont attribués de façon fréquente. Lorsqu'il s'agit d'adjuger des marchés très techniques, sophistiqués, ou en partenariat avec les cantons ou des entreprises privées, l'application du droit des marchés publics s'avère nettement plus difficile, voire impossible. La rapidité de l'évolution technologique et la complexité croissante des marchés à attribuer confrontent les adjudicateurs à des problèmes que la législation actuelle ne permet pas de résoudre.

2.6 La protection juridictionnelle

2.6.1 Les voies de recours

En droit suisse des marchés publics, la principale nouveauté qui a été consacrée par la ratification de l'AMP consiste à donner aux soumissionnaires la possibilité de faire recours contre les décisions de l'adjudicateur. L'existence de moyens légaux contre les décisions des adjudicateurs doit inciter ces derniers à mettre en application la législation sur les marchés publics. L'instauration de ces voies de recours est particulièrement difficile, étant donné que ces dernières doivent être crédibles et efficaces, mais ne sauraient pour autant entraîner des coûts et des retards notoires dans la procédure d'adjudication.

²² Voir à ce sujet la décision de la CRM 014/1998 du 31.08.1999 (commentaire dans DC 4/99 p. 139) et les décisions du tribunal administratif argovien du 16.07.1998 (commentaire dans DC 4/98 p. 129.) et du 3.11.1997 (commentaire dans DC 2/99, p. 56).

²³ La Confédération et les cantons ont pris conscience du problème que pose la pluralité des droits applicables en cas d'attribution de marchés à laquelle participent plusieurs adjudicateurs soumis chacun à un régime de droit des marchés publics différents. Ainsi, l'OMPrév et l'AIMPrév introduisent une disposition permettant, d'une part, de déterminer le droit applicable en cas d'adjudication commune Confédération/cantons et, d'autre part, de déroger à l'un ou l'autre droit. Le droit applicable est dès lors celui de l'adjudicateur qui attribue la part de mandat dont la valeur est la plus élevée. Cette nouvelle norme résout le problème uniquement pour les attributions de marchés communs entre les adjudicateurs fédéraux et cantonaux, mais pas celui des adjudications conjointes de collectivités publiques et d'entreprises privées.

L'article 27 de la LMP prévoit un recours unique à la Commission de recours en matière de marchés publics²⁴ (CRM) qui statue de manière définitive. La protection juridique offerte par la législation fédérale est limitée aux marchés publics soumis à la LMP. Les marchés publics de la Confédération (marchés publics en dessous des valeurs seuils dans le domaine des CFF ou des NFLA) exclusivement régis par l'OMP ne connaissent pas encore de voies de recours²⁵. Au niveau cantonal, deux groupes de règles interviennent : celles de la LMI et celles de l'AIMP (précisé par les Directives et les recommandations). En général, les mêmes juridictions cantonales (à savoir les tribunaux administratifs cantonaux) sont compétentes pour trancher tous les recours liés à des procédures d'adjudication. Peu importe donc si les recourants invoquent la LMI ou l'AIMP. Dans les deux cas, la voie du recours de droit public devant le Tribunal fédéral demeure ouverte.

2.6.2 Jurisprudence contradictoire

La multiplicité des normes régissant le domaine des marchés publics et la diversité des organes juridictionnels prévus pour trancher les contentieux génèrent une jurisprudence hétérogène. La jurisprudence de la CRM, celle du TF et celle des tribunaux administratifs cantonaux divergent en effet sur bien des points. La question de la publication préalable de la pondération des critères d'adjudication en est le meilleur exemple. La CRM a décidé qu'une telle pondération doit absolument être communiquée dès l'appel d'offres, le Tribunal fédéral estime qu'elle ne doit pas forcément être publiée à l'avance, et les tribunaux administratifs cantonaux défendent diverses interprétations qui se situent toutes quelque part entre ces deux positions. Deuxième exemple de divergences jurisprudentielles : l'annulation de la décision en cas de vice de procédure. La CRM annule systématiquement une telle décision, alors qu'en vertu d'une jurisprudence récente, certains tribunaux administratifs cantonaux ne l'annulent automatiquement que si elle a influencé le résultat de l'adjudication et que le jeu de la concurrence a été faussé. Troisième exemple de divergences jurisprudentielles : la CRM et le Tribunal administratif fribourgeois estiment qu'ils sont habilités à se prononcer sur la nullité d'un contrat signé sur la base d'une décision illicite, alors que la juridiction lucernoise compétente apprécie la situation de façon diamétralement opposée.

Selon la majorité des spécialistes consulté²⁶, les instances cantonales intervenant dans le contexte local sont particulièrement inclinées à trouver des solutions pragmatiques, alors que la CRM, qui n'est pas soumise aux pressions locales, a tendance à interpréter la loi de façon plus formelle.

Les experts consultés estiment, pour la plupart, que l'insécurité juridique générée par les contradictions existant entre les décisions de la CRM et celles du TF est plus grave que celle créée par les discordances constatées entre les décisions de la CRM et celles des tribunaux administratifs cantonaux, et qu'elle est également plus grave que celle due aux divergences jurisprudentielles opposant les divers tribunaux administratifs cantonaux. Il semblerait d'ailleurs que les divergences jurisprudentielles cantonales soient davantage dues au manque de congruence des dispositions cantonales d'application de l'AIMP qu'à une véritable différence d'appréciation des autorités juridictionnelles cantonales. Plusieurs experts ont attiré l'attention de l'OPCA sur la tendance actuelle consistant à

²⁴ Section 3.1, p. 19 consacrée à la CRM.

²⁵ Ce sera le cas avec l'entrée en vigueur de l'Accord bilatéral.

²⁶ Voir liste d'experts, p. 44.

surestimer l'importance des divergences jurisprudentielles, et à minimiser le large dénominateur commun existant entre les interprétations des autorités juridictionnelles. Mais qui dit différences jurisprudentielles, dit également moins de transparence. Toutes ces divergences compliquent la compréhension des jugements par le public, ne favorisent pas l'acceptation des décisions, créent une insécurité juridique et, finalement, entament la crédibilité des voies de recours.

2.6.3 Durée et nombre de recours

Sur le plan fédéral, une procédure de recours auprès de la CRM dure en moyenne 3 mois, et la décision entre directement en force. Au niveau cantonal, la procédure devant les tribunaux administratifs interrogés est sensiblement plus longue, puisqu'elle s'étend en moyenne sur 4^{1/2} mois. La procédure de recours de droit public devant le TF prend, quant à elle, 5 mois en moyenne. Les décisions rendues dans certains cantons (p.ex. Fribourg : adjudication communale et Berne : marchés publics en dessous d'un certain seuil) peuvent être portées successivement devant trois autorités de recours : le préfet, le Tribunal administratif, et le Tribunal fédéral. La prise de décision est plus lente en Suisse que dans certains autres pays européens. Ainsi, aux Pays-Bas, une décision finale de première instance tombe normalement dans un délai de trois semaines, alors qu'en Allemagne, la loi sur les marchés publics prescrit qu'une telle décision doit en principe être rendue et motivée dans les cinq semaines²⁷.

La CRM connaît en moyenne une vingtaine de recours par année. Le nombre de recours traités par les tribunaux administratifs cantonaux est par contre extrêmement variable: il va d'un à deux cas par année à Schaffhouse, à une cinquantaine de cas par année à Zürich ou aux Grisons. Quant au TF, il tranche chaque année six à sept recours de droit public en matière de marchés publics. Les experts interrogés sont unanimes : les instances de recours n'ont pas enregistré l'avalanche de recours qu'avaient prévue les autorités fédérales et cantonales. Les recours déposés portent essentiellement sur des points qui, dans le cadre de la mise en application de la nouvelle réglementation, se sont révélés manquer de clarté. Il ne s'agit là que d'un phénomène parfaitement normal.

2.6.4 Appréciation générale sous l'angle des voies de recours

La volonté du législateur, qui consiste à limiter les conséquences négatives entraînées par les contestations d'adjudications, endigue sérieusement la propension des soumissionnaires à faire recours. D'autres facteurs entravent également la velléité des entreprises à recourir contre les décisions des pouvoirs adjudicateurs :

- Les gains obtenus en cas de succès du recours ne sont pas proportionnels aux coûts de la procédure. Les chances pour l'entreprise recourante d'obtenir des dommages et intérêts substantiels sont minimales. Le plus souvent, ceux-ci se situent en effet entre 2000 et 3000 francs.

²⁷ Gauch, Peter, 1999, p. 67.

- La législation restreint les effets déployés par un recours sur les contrats déjà conclus. L'effet suspensif²⁸ reste la seule question ayant une véritable portée pratique. D'ailleurs, les conseillers juridiques recommandent souvent à leurs clients de ne pas poursuivre la procédure en cas de refus de l'effet suspensif.
- Les soumissionnaires craignent qu'un recours ne braque l'adjudicateur contre eux²⁹, et que ce dernier ne prenne des mesures de rétorsion à leur égard lors de la prochaine attribution de marché.
- Le droit des marchés publics ne prévoit pas de droit de recours pour les associations ou pour les organes de surveillances (CMCC, Comco, etc.). Un tel droit aurait pourtant permis, d'une part, de pallier le problème des coûts et des risques de la procédure et, d'autre part, de diminuer la crainte de mesures de rétorsion.
- La complexité de la situation juridique dépasse les connaissances des entreprises qui, surtout si elles sont de taille modeste et disposent de moyens financiers restreints, n'ont pas le réflexe de faire appel à un conseil juridique et préfèrent, en cas de litige, classer l'affaire.

L'efficacité des voies de droit qui, par leur effet préventif, sont les principaux moteurs de la bonne application du droit des marchés publics, se trouve donc entravée par toute une série de facteurs structurels. Le nombre de recours (en soi déjà réduit) est appelé à diminuer. Cela s'explique notamment par le fait que les adjudicateurs assimileront chaque jour davantage le nouveau droit des marchés publics.

²⁸ Dans la procédure de recours en droit des marchés publics, un recours ne déploie pas automatiquement d'effet suspensif. En d'autres termes, la procédure d'adjudication n'est pas obligatoirement interrompue en cas de dépôt d'un recours contre une décision de l'autorité adjudicatrice. Selon l'article 28 alinéa 2 LMP, la Commission de recours peut toutefois, sur demande, octroyer l'effet suspensif. La loi ne se prononce pas sur les critères d'appréciation d'une telle demande. La CRM considère qu'elle doit procéder à une mise en balance des intérêts en jeu, à savoir ceux de l'adjudicateur, du soumissionnaire et d'éventuels tiers. De plus, la CRM constate que la demande d'octroi de l'effet suspensif, au sens de l'article 28 LMP, doit être appréciée au cas par cas. La loi ne précise toutefois pas que l'effet suspensif ne doit être appliqué qu'exceptionnellement (Décisions de la CRM du 26.03.1997 et du 06.02.1998). De même, l'AIMP exclut l'effet suspensif automatique du recours pour ne l'admettre que sur demande (art. 17 AIMP). La pratique des tribunaux cantonaux en la matière correspond à la jurisprudence de la CRM. Toutefois, dans ses recherches, l'OPCA a constaté que la CRM accorde plus couramment l'effet suspensif que ne le font les tribunaux administratifs cantonaux.

²⁹ Seco, Balastèr, Peter, 2001, p.13.

3 Acteurs de la mise en œuvre

Le domaine des marchés publics touche trois principaux groupes d'acteurs: les organes fédéraux et cantonaux qui coordonnent et surveillent la mise en œuvre de la législation, les entités adjudicatrices qui adjugent les marchés et, enfin, les entreprises qui fournissent les prestations.

Le chapitre 3 met l'accent sur les organes fédéraux et cantonaux responsables de l'application et du contrôle de la législation sur les marchés publics. Quelles sont leurs activités ? Comment exercent-ils leur contrôle ? Comment se passe la coordination entre les domaines internationaux, fédéraux et cantonaux ?

3.1 Organes de la Confédération

Le seco édite la **Feuille Officielle Suisse du Commerce (FOSC)**, organe officiel de publication des appels d'offres sur le plan fédéral. Tous les appels d'offres publics et les avis d'adjudication correspondants des adjudicateurs fédéraux, ainsi que certains appels d'offres de cantons, de communes et d'autres adjudicateurs publics y figurent. La FOSC est lue par environ 60'000 personnes. La modernisation, le prochain transfert sur Internet ainsi que la participation au projet www.simap.ch³⁰ amélioreront la distribution et la collecte des informations sur les appels d'offres. La FOSC va continuer à jouer son rôle de coordination, de publication et de desserte d'informations. Conformément aux accords bilatéraux, la base électronique de données sur les marchés publics sera compatible avec le système européen. Dans l'UE, le supplément au Journal Officiel des Communautés Européennes est publié sous forme électronique depuis juillet 1998. La base de données TED peut être consultée gratuitement sur les sites Internet www.simap.eu.int/ et www.ted.eur-op.eu.int/.

L'Office Fédéral de la Construction et de la Logistique (OFCL) a pour principales fonctions de gérer et d'entretenir le parc immobilier civil de la Confédération (gestion immobilière, gestion de projets et gestion d'ouvrages), d'améliorer le soutien logistique, d'acheter et de vendre des biens et des services. L'OFCL exerce plusieurs fonctions importantes dans le domaine des marchés publics : il coordonne les informations, participe à l'élaboration de recommandations qu'il applique ensuite et joue le rôle d'adjudicateur. Par contre, il n'est pas autorisé à proposer ses services comme le ferait une entreprise privée dans le cadre d'une soumission publique. Ainsi, dans le cas des passeports suisses, l'OFCL a en fait racheté à un soumissionnaire privé le développement et la fabrication du produit³¹.

La **division « achats » de l'OFCL** est responsable de l'achat des biens civils, particulièrement dans les domaines de l'informatique, des publications et des équipements de bureau³². Ces biens identiques sont achetés de manière centralisée, ce qui permet d'économiser des deniers publics et de réduire le potentiel de corruption. A l'intérieur de cette division, un **centre de compétence sur les marchés publics** a été

³⁰ Site d'information sur les marchés publics. La réalisation de ce projet de portail Internet permettrait un accès unique à tous les appels d'offre publiés en Suisse. Voir p. 32.

³¹ L'OFCL ne s'occupe que de la personnalisation et de la confection du passeport. Question 01.5114 adressée au Conseil fédéral par le conseiller national Triponez en date du 24.09.2001.

³² La division "management de projets" s'occupe de l'adjudication des projets liés à la construction.

nouvellement créé. Les buts de ce centre sont de renforcer la Commission des achats, de s'occuper de questions opérationnelles dans le domaine de la logistique, et d'améliorer la coordination des différents offices fédéraux. Il s'occupe également de la formation continue des adjudicateurs et de la préparation des manuels d'utilisateurs.

La **Commission des achats (CA)** et son secrétariat, transférés du DFF à l'OFCL au début 2001³³, s'occupent de la coordination des marchés publics de biens et de services. Ils émettent des recommandations sur l'évolution des marchés publics et les systèmes d'adjudication, élaborent des contrats-types et coordonnent l'activité des entités adjudicatrices. Ils préparent certains projets législatifs en matière de marchés publics (révision de l'OMP et LMP). Ils coordonnent également les questions relatives aux accords internationaux avec l'OFCL et le seco. Par contre, la CA n'adjudge aucun marché et ne joue ni un rôle de conciliation, ni un rôle d'arbitrage (art. 67 OMP). En septembre 2001, elle a décidé de conclure un partenariat avec les cantons dans le cadre du projet de site Internet www.simap.ch.

La **Coordination des services fédéraux de la construction et de l'immobilier (CSFC)** s'occupe de la coopération et d'échanges d'expériences dans le secteur de la construction, et soutient les efforts d'harmonisation du fonctionnement des marchés publics (art. 65 OMP). Elle poursuit la défense des intérêts de ses membres en tant que maîtres d'ouvrages (art. 13 OILC), dans un esprit d'économie des ressources et d'amélioration de la qualité. La CSFC se compose de quatre groupes de travail dont l'un s'occupe spécifiquement des marchés publics. En fait, la CSFC possède les mêmes compétences que la CA, mais dans le domaine de la construction. La CSFC et la CA sont donc deux organes distincts qui abordent une même problématique sous des angles assez différents. Il ressort d'un rapport, consacré à l'examen des synergies potentielles existant entre le secteur de la construction et celui des biens/services, que peu de questions communes se posent, et que les deux secteurs doivent rester séparés. Les échanges entre la CA et le CSFC sont réguliers et portent sur des thèmes comme la corruption ou la soumission sous forme électronique. La CSFC a émis des recommandations sur les prestations de sécurité et sur le calcul du renchérissement dans la construction, a préparé un nouveau concept pour la formation continue, a mené des recherches sur le thème des clauses d'intégrité et de la prévention de la corruption, a échangé des informations avec ses membres sur la publication et sur les procédures, et a finalement décidé d'adhérer au projet de site Internet www.simap.ch.

Les organes de contrôle interne des unités administratives et des entreprises fédérales veillent au respect de la législation. Le **Contrôle Fédéral des Finances (CDF)**, en tant qu'institution de révision externe, vérifie si les dépenses liées aux marchés publics se fondent sur des bases légales suffisantes, et si la législation est appliquée correctement. Pour mener ce contrôle administratif, le CDF a en général recours à des examens spéciaux, non systématiques. La profondeur et l'étendue du champ couvert par les évaluations sont très variables, puisqu'il peut aussi bien s'agir d'analyses détaillées de la légalité d'une procédure que de l'analyse transversale d'aspects de plusieurs appels d'offres. Le CDF mène aussi, au moins une fois par année, un examen des prix qui se limite aux adjudications d'une certaine importance réalisées en dehors d'une procédure concurrentielle. Il en résulte souvent une correction du prix payé par l'adjudicateur³⁴. Le

³³ Ainsi, le directeur de l'OFCL est le président tant de la CA que de la CSFC. De plus, les secrétariats de la CA et de la CSFC sont réunis au sein de l'OFCL.

³⁴ Un examen sur les prix d'un simulateur pour le DDPS a conduit à une réduction du prix du contrat de 650'000 francs en 1998.

CDF constate que la mise en œuvre de la législation est lente et que, surtout dans le domaine des services, les adjudicateurs ont souvent recours à la procédure de gré à gré, alors qu'ils devraient utiliser des procédures concurrentielles. Le CDF relève également la fréquente application de critères d'adjudication inutiles qui réduisent la concurrence.

Pour les décisions relatives à l'attribution de marchés publics fédéraux, l'article 27 de la LMP prévoit un recours à la **Commission de recours en matière de marchés publics (CRM)** qui statue de manière définitive. La CRM est composée d'un président permanent³⁵ et de six juges non permanents, dont trois juristes, un informaticien, un architecte et un ingénieur. Tous les membres de la commission sont recrutés sur concours, sélectionnés par le DFF, et nommés par le Conseil fédéral. Cette procédure de nomination est vivement critiquée, notamment par Peter Gauch³⁶. Du point de vue de la séparation des pouvoirs, il ne semble pas très logique que ce soit l'exécutif qui élise des juges ayant comme tâche d'examiner les décisions de l'administration. Une élection des juges par le Parlement apparaîtrait plus pertinente. La CRM tranche entre 15 et 25 cas par année. Il est difficile d'interpréter cette faible tendance à recourir au niveau de la Confédération. La durée moyenne d'une procédure devant la CRM, pour un cas même complexe, avec effet suspensif, est de l'ordre de trois mois.

La **Commission de la concurrence (Comco)**, appuyée par son secrétariat, assume son rôle de gardienne de la concurrence également dans le domaine des marchés publics. Jusqu'à présent, ses tâches ne sont pas fixées directement dans la législation d'application de l'AMP, mais dans la LMI et dans la LCart³⁷. Concernant des questions de libre accès au marché et à la concurrence, la Comco peut adresser des recommandations et des prises de position aux autorités politiques et judiciaires. Ces dernières n'ont aucune obligation de recourir aux services de la Comco. De surcroît, les recommandations et les avis de la Comco n'ont aucune force contraignante. Le secrétariat de la Comco constate que les autorités judiciaires ne lui demandent quasiment jamais son avis, et que les cantons ne lui soumettent que rarement leur législation. Aussi longtemps que les cantons n'auront pas l'obligation de le faire, la Comco est réduite à chercher des aiguilles dans des bottes de foin.

Par ailleurs, lorsque, suite à une enquête de son secrétariat, la Comco constate une infraction à la LCart, elle propose des mesures s'adressant directement aux auteurs de l'entrave à la libre concurrence. Actuellement, une enquête ouverte par la Comco en vertu de l'article 27 LCart est en cours, afin d'examiner les offres de quatre entreprises bernoises de construction qui ont soumissionné pour les travaux d'assainissement de la Bibliothèque nationale suisse. La Comco soupçonne l'existence d'une entente illicite entre ces entreprises, car tous les prix offerts dépassent les coûts prévus de plus de 100%. En outre, toutes les offres se situent dans une fourchette de prix très étroite.

³⁵ Le président de la CRM, André Moser, consacre environ ¼ de son temps aux marchés publics.

³⁶ Gauch, Peter 1999, p. 64.

³⁷ Pour plus de détails sur la problématique de la LCart et de la Comco voir : OPCA, 2000 "La situation en droit des cartels" est disponible sur le site Internet <http://www.parlement.ch> (*Les commissions*).

D'autres cas similaires sont en suspens, jusqu'à ce que ce cas phare soit tranché et fasse jurisprudence³⁸.

Dans un avenir proche, l'OMPrév confèrera à la Comco une tâche spécifique dans le domaine des marchés publics : dans la procédure d'exemption de certains secteurs soumis à l'Accord bilatéral, la Comco sera consultée par le DETEC sur la situation concurrentielle régnant sur le marché.

Le secrétariat de la Comco est favorable à une précision des principes de base de la LMI, qui sont trop généraux pour permettre une interprétation univoque. Il juge nécessaire que soit développée une jurisprudence qui, si elle n'est pas uniforme, soit au moins concordante. Le secrétariat de la Comco estime également judicieux que la commission obtienne une voix consultative au sein de la CMCC.

La **Commission Marchés Publics Confédération/cantons (CMCC)** est une commission administrative extra-parlementaire constituée sur la base de décisions du Conseil fédéral et de la Conférence des gouvernements cantonaux³⁹. Elle veille à ce que les engagements internationaux pris par la Suisse en matière de marchés publics soient respectés et appliqués de manière cohérente à tous les niveaux étatiques. Pour ce faire, elle promeut les échanges de vue entre les représentants de la Confédération et ceux des cantons. Le cas échéant, la CMCC émet des recommandations concernant la transposition d'obligations internationales. Ces recommandations n'ont cependant pas de force contraignante. Elle prépare également la position de la Suisse dans les instances internationales, et conseille les délégations suisses dans les négociations internationales.

Au début de l'année 2001, la CMCC a achevé un rapport sur les effets de la libéralisation des marchés publics en Suisse⁴⁰. Tout en saluant les efforts consentis pour harmoniser les régimes cantonaux des marchés, la CMCC constate notamment qu'« un rapprochement du régime fédéral et cantonal devrait être étudié ».

Selon le nouvel article 2ter de l'OMP, la CMCC se chargera également de la surveillance de l'application de l'Accord bilatéral. La CMCC conseillera et servira d'intermédiaire en cas de différends concernant la transposition des obligations internationales de la Suisse. Tout soumissionnaire ou toute autorité étrangère pourra ainsi se plaindre auprès de la CMCC. La CMCC pourra dénoncer la violation d'une obligation internationale auprès de l'autorité supérieure compétente, à condition que ses efforts de conciliation n'aient pas abouti, et pour autant qu'aucun recours n'ait été déposé. Cette plainte de nature administrative, qui pourra d'ailleurs être rejetée par l'autorité, ne devra pas être confondue avec un recours déposé devant une autorité juridictionnelle contre une décision de l'adjudicateur. Cette nouvelle disposition évite de créer une instance parallèle d'appel, tout en donnant à la CMCC le pouvoir d'initier un recours en « ultima ratio ».

³⁸ Dans le domaine des soumissions, le fait que les ententes illicites se forment spécifiquement pour un appel d'offres pose un sérieux problème. L'interdiction de telles ententes par la Comco n'empêche pas les entreprises de reformer un cartel pour chaque nouvel appel d'offres. Un tel agissement ne porte pas à conséquence, car on ne saurait reprocher à ces entreprises de ne pas avoir observé une décision de la Comco. En réalité, en reformant un cartel, elles ont passé un nouvel accord illicite qui devra, à son tour, faire l'objet d'une décision de la Comco, et ne pourra donc pas être sanctionné immédiatement. Cette situation bloque les efforts des autorités de la concurrence et fait de la lutte contre les cartels un véritable travail de Sisyphe.

³⁹ Arrêtés du Conseil fédéral des 4 décembre 1995 et 3 avril 1996, décision de la Conférence des gouvernements cantonaux du 2 septembre 1996.

⁴⁰ CMCC, 2001.

3.2 Organes des cantons

Les membres de la **Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement (DTAP)** représentent l'autorité intercantonale compétente (art. 4 AIMP) en ce qui concerne les marchés publics cantonaux. Ils peuvent modifier l'Accord intercantonal, édicter des règles concernant les procédures d'adjudication, adapter les valeurs seuils, surveiller l'exécution de l'AIMP et adopter un règlement fixant les règles d'organisation et de procédure. La DTAP a complété l'AIMP par des Directives d'exécution et par des recommandations (non-contraignantes). Elle a mené des débats pour créer un nouvel AIMP qui lui confèrera des compétences supplémentaires. Elle pourra exempter certains adjudicateurs de l'assujettissement à l'AIMP, désigner un organe de contrôle, agir comme organe de contact dans le cadre des traités internationaux et désigner les délégués cantonaux aux commissions nationales et internationales. Actuellement, la conférence joue un rôle de service d'information et de conseil auprès des cantons. Elle examine également l'opportunité de rendre contraignantes les Directives d'exécution qu'elle émet. A noter qu'une seule personne, l'avocat Ganz, est employé sur mandat comme secrétaire de la DTAP.

Dans les cantons, il n'existe pas de structure uniforme de contrôle administratif à proprement parler. En général, le département ou la section cantonale responsable dans le domaine des marchés publics suit et coordonne l'application de la législation. Il effectue certains contrôles par pointage et donne parfois sa caution à des appels d'offres. L'existence d'un droit de recours auprès des tribunaux administratifs constitue le principal instrument de contrôle. Patrick Vallat, délégué aux marchés publics du canton de Genève, a proposé que tous les cantons mettent en place une structure du type « centre de compétence », dans la perspective de l'adoption du projet de site Internet www.simap.ch. Ces centres de compétences pourraient exercer un contrôle administratif pour autant qu'on leur donne suffisamment de pouvoir et de moyens.

3.3 Conclusion sur les acteurs de la mise en œuvre

La surveillance de la mise en œuvre du droit des marchés publics incombe à toute une série d'organes fédéraux et (inter)cantonaux. Selon la CMCC et selon certains des experts interrogés, la multiplicité des organes impliqués dans la mise en application nécessiterait encore une meilleure coordination. En effet, force est de constater qu'aucune ligne directrice commune ne conduit les activités de ces organes et qu'aucun d'entre eux n'exerce le leadership dans le domaine des marchés publics. De plus, aucun organe, à l'exception de la Comco (qui par le biais du droit des cartels peut intervenir contre des entraves à la concurrence), ne dispose de mesures contraignantes pour veiller à la mise en application du droit des marchés publics. Il n'existe pas non plus de droit de recours auprès d'une autorité judiciaire. Dans ce domaine, il n'y a donc pas d'autorité de réglementation sectorielle, qui jouerait le même rôle que la Commission fédérale de la communication ou la Commission fédérale des banques. Dès lors, le principal moteur de l'application correcte de la législation reste la possibilité d'utilisation des voies de droit ouvertes aux soumissionnaires. Toutefois, comme précisé plus haut, les voies de recours sont entravées par toute une série de facteurs structurels comme, par exemple, le rapport coût/bénéfice défavorable de la procédure ou la crainte de représailles.

4 Effets économiques de la législation

Dans cette partie, l'OPCA présente un état des lieux des données disponibles pour déterminer l'impact économique de l'ouverture des marchés publics, d'une part au niveau fédéral et, d'autre part, au niveau de cantons représentatifs⁴¹. Comme l'OPCA l'annonçait dans l'esquisse de projet, les statistiques disponibles sont problématiques. Les effets de l'ouverture des marchés publics sont, par conséquent, difficilement démontrables empiriquement. L'OPCA a néanmoins rempli le mandat qui lui avait été confié, puisqu'il est parvenu à donner un aperçu de certains effets vraisemblables de la libéralisation.

4.1 Considérations préalables

Cette section répond aux questions suivantes: quel est le volume des marchés publics ? Quels sont les objectifs de la législation ? Existe-t-il des statistiques permettant de mesurer la réalisation de ces buts ?

Les **marchés publics** suisses englobent l'adjudication de biens, de services et de projets de construction. Leur **valeur totale** a été estimée à 31 milliards de francs en 1997. Les dépenses liées aux marchés publics représentent 13% des dépenses totales de la Confédération et 21% des dépenses totales des cantons. Dans le domaine de la construction, qui représente plus de la moitié du volume total des marchés publics fédéraux et cantonaux, la plupart des achats publics ont trait à la réalisation d'édifices routiers (tunnels, ponts) et de bâtiments, ainsi qu'à des travaux de génie civil. Dans le domaine des services, les achats publics concernent, pour l'essentiel, des prestations de conseils, des études techniques, des inspections, ainsi que des services d'informatique et d'architecture (aménagement urbain et architecture paysagère). Enfin, dans le domaine des biens, le seco rapporte que les principaux achats publics portent sur des produits informatiques, des instruments de mesure, des machines et appareils électriques, des véhicules routiers, des machines industrielles, des produits liés à l'agriculture, des métaux, ainsi que des générateurs et des moteurs électriques.

Les **quatre buts principaux de la législation sur les marchés publics** sont la promotion de la transparence, l'accroissement de la compétition, l'utilisation parcimonieuse des deniers publics et la garantie de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires. Ces buts sont complexes, hétérogènes et ne sont pas classés par ordre hiérarchique. Bien qu'ils soient, de manière générale, complémentaires, ils ne sont pas toujours compatibles. Ainsi, une utilisation parcimonieuse des fonds publics implique l'utilisation de „rounds de négociation“ en vue de faire baisser les prix, mais de telles négociations sont difficilement conciliables avec la garantie de l'égalité de traitement. Il est donc difficile d'évaluer de façon globale une loi visant des objectifs aussi variés. A noter que le législateur s'est limité aux quatre buts décrits plus haut et a renoncé à introduire des objectifs tels que la politique régionale, l'équilibrage de la balance commerciale ou le transfert de technologies.

La législation sur les marchés publics crée un nouveau type de rapport entre le secteur public et le secteur privé. Auparavant, les adjudicateurs choisissaient librement l'entreprise qui allait réaliser le marché, alors qu'ils doivent désormais définir la prestation à accomplir puis établir des critères objectifs qui conduiront au choix de

⁴¹ Précisons que les communes ne sont pas traitées dans ce rapport.

l'adjudicataire, ce qui nécessite d'importantes compétences. Dans le domaine des marchés publics, on a ainsi assisté à une transformation de l'état d'esprit et de la pratique. Bien qu'ils doivent définir les objectifs et les critères de manière très précise, les adjudicateurs conservent naturellement une certaine marge de manœuvre pour apprécier les atouts respectifs des offres.

Les sections suivantes, consacrées aux effets de la libéralisation des marchés publics, se basent sur **des statistiques** fournies par la Confédération et par les cantons. L'utilisation de ces statistiques, qui ne sont pas toujours vérifiées et dont la récolte n'est pas coordonnée, pose cependant problème. En effet, le manque de crédibilité des données disponibles rend impossible la réalisation d'une évaluation précise et objective de l'impact de la législation sur les marchés publics. L'OPCA a tenté de compléter les données statistiques en interrogeant 17 spécialistes de ce domaine. Il s'agit de professeurs d'université, d'avocats, de fonctionnaires responsables de la mise en œuvre de la législation et de représentants d'entités adjudicatrices⁴².

Sur cette base, l'OPCA n'est pas en mesure de tirer des conclusions. Il a toutefois pu identifier certaines tendances. Ainsi, les sections suivantes proposent des indicateurs susceptibles de donner un aperçu sur le degré de réalisation des objectifs. En outre, dans les domaines où les données sont lacunaires, l'OPCA indique quelles statistiques devraient être collectées pour permettre un examen plus pointu des effets de la législation.

Loin de pouvoir fournir un bilan précis de l'impact de la libéralisation des marchés publics, l'OPCA a tenté de poser les principales bases d'analyse et de lancer la discussion sur l'opportunité et le rapport coût/bénéfice de la collecte des statistiques nécessaires à de futures études d'impact économique.

4.2 Résultats: marchés publics de la Confédération

Sur le plan fédéral, l'OPCA base sa recherche sur trois séries statistiques. La première série a été récoltée par l'OPCA et se fonde sur les publications officielles parues dans la FOSC de janvier 2000 à mai 2001. Elle concerne tous les appels d'offres ainsi que les notifications de décisions au niveau fédéral. La valeur des marchés attribués n'étant quasiment jamais publiée dans la FOSC, toutes les adjudications ont la même pondération. Le fait qu'un marché de 2,5 millions de francs ait le même poids qu'un marché de 350'000 francs pose un sérieux problème.

La deuxième série de statistiques reprend les données que la Suisse, via le seco, fournit à l'OMC pour répondre à ses obligations internationales. Elle concerne les appels d'offres de tous les offices fédéraux et rassemble les valeurs des marchés attribués par secteur, par catégorie de produits, par seuil et par origine des produits.

La dernière série émane de l'AFF et recueille les flux financiers enregistrés entre les entités adjudicatrices et les entreprises. Elle mesure la valeur des achats de biens effectués par la Confédération en fonction du lieu d'origine et de la catégorie de produits. Les statistiques de cette série ne sont souvent pas comparables sur une longue période. Les chiffres de la Poste ne sont par exemple plus inclus à partir de 1998.

La collecte et la base de calcul des données statistiques diffèrent largement d'une série à l'autre. Il n'est pas possible de mener une comparaison entre la situation des marchés

⁴² Voir liste d'experts, p. 44.

publics avant et après la mise en œuvre de la nouvelle législation. Les statistiques des deux premières séries concernent les données disponibles lors de l'appel d'offres ou de la décision d'adjudication, et non pas celles recueillies après la livraison ou la réalisation des objectifs. Elles ne correspondent donc pas au coût réel final du marché public. Il n'y a pas de contrôle systématique des dépassements des coûts par rapport aux sommes adjudgées.

Pour compenser le manque de pertinence de ces trois séries de statistiques, l'OPCA a soumis un document de 32 questions aux 13 principales entités adjudicatrices de la Confédération. Les résultats de cette enquête⁴³ fournissent des indications quant au comportement des adjudicateurs et à la réalisation des buts poursuivis par la législation. Ils viennent étayer, dans les sections suivantes, les considérations de l'OPCA concernant la réalisation des buts formulés dans la législation sur les marchés publics.

4.2.1 Transparence

Le respect du principe de transparence implique que le processus d'adjudication soit visible pour tous les acteurs et que toutes les informations nécessaires soient disponibles. La transparence commence par la **publication** la plus large possible des appels d'offres. Selon l'article 8 OMP, les appels d'offres de la Confédération paraissent systématiquement dans la FOOSC. Au cours de la période s'écoulant de janvier 2000 à mai 2001, 344 appels d'offres ont été publiés, dont 221 pour des biens, 95 pour des services, et 28 pour la construction. Le GDA et l'OFSP publient aussi leurs appels d'offres dans des publications spécialisées, alors que la DDC les publie sur son site Internet et dans le bulletin de l'OSEC. Enfin, il semble que pour l'adjudication de certains biens, dont le nombre de producteurs est très réduit (par exemple, pour la haute technologie), les adjudicateurs contactent tous les soumissionnaires potentiels (surtout à l'étranger), afin d'accroître la concurrence et de baisser les coûts. Pour les biens standard, cette pratique se heurte au principe de l'égalité de traitement, puisqu'il est impossible de contacter toutes les entreprises productrices.

En Suisse, on estime à 5550 le nombre d'adjudicateurs publics, avec une très grande majorité d'adjudicateurs communaux. Les **entités adjudicatrices fédérales** sont au nombre de 103, dont 34 au DDPS, 18 au DFI (y compris les EPF), 12 au DFF, 11 au DFJP, 10 au DETEC, 9 au DFE, 5 au DFAE et 4 à la Chancellerie Fédérale. Les principaux adjudicateurs fédéraux sont l'OFCL, le GDA, la Poste, le seco, la DDC et l'EPFZ. Mais, sur la période 2000-5/2001, près de la moitié des entités adjudicatrices n'ont pas publié d'appels d'offres dans la FOOSC. N'ont-elles eu aucun marché important à passer sur la période considérée ? N'ont-elles pas encore compris toutes les procédures ? N'appliquent-elles pas les procédures correctes ? Ou refusent-elles sciemment de publier leurs appels d'offres ? L'organisation interne des entités adjudicatrices (services d'achats centralisés ou pratique décentralisée) peut conduire à ce que certains achats ne soient pas publiés, alors qu'ils auraient dû suivre les procédures régulières. Certains adjudicateurs ignorent qu'ils doivent faire des appels d'offres dans le domaine des assurances ou dans celui du financement au moyen de prêts. A noter qu'un nombre important d'entités adjudicatrices a attribué des marchés publics pour des montants inférieurs aux valeurs seuils. Il se pourrait que les adjudicateurs cherchent des

⁴³ Voir le tableau des résultats dans l'annexe 2.

astuces pour ne pas avoir à satisfaire à toutes les normes légales pour les marchés d'un montant supérieur aux valeurs seuils.

Plusieurs **procédures d'adjudication** sont prévues au niveau fédéral⁴⁴. Les entités adjudicatrices utilisent plus volontiers la procédure ouverte (77%), cette préférence étant encore plus marquée pour l'attribution des biens (84%). Seuls le GDA (pour 78% des appels d'offres) et l'OFEN (79%, surtout dans le cadre du programme « Energie 2000 ») ont recours majoritairement à la procédure sélective. Si l'on tient compte de toutes les adjudications, ce sont surtout les procédures sur invitation⁴⁵ et de gré à gré qui sont utilisées. Par exemple, l'OFSP a recensé 398 procédures sur invitation ou de gré à gré en 2000, contre seulement 8 procédures ouvertes ou sélectives.

L'utilisation de plusieurs **langues** se vérifie dans la FOSE qui publie les appels d'offres en général en deux langues. Conformément aux dispositions de l'OMC, si l'avis d'appel d'offres n'est pas publié en français, un résumé est publié dans une des langues officielles de l'OMC (généralement en français). Les langues dans lesquelles l'offre peut être déposée sont l'allemand (87% des cas), le français (59%) et l'anglais (36%). Pour les biens et les services, l'allemand est souvent accompagné soit du français (biens standard), soit de l'anglais (biens spécialisés et prestations à l'étranger de la DDC ou du seco). Cette prédominance de l'anglais dans les secteurs techniques se reflète aussi sur les sites Internet de l'EPFZ, de l'IPS ou du LFEM, qui n'ont pas de traduction en français, alors qu'une version anglaise existe.

Il est essentiel d'**informer** les adjudicateurs et les soumissionnaires sur les règles et les normes applicables pendant le processus d'adjudication. Plusieurs offices et quelques cantons ont publié des guides pratiques et des notices explicatives sur les marchés publics⁴⁶. Herbert Tichy, secrétaire de la CSFC, remarque que la législation et les règlements d'application présentent de telles différences qu'il n'est pas facile de transmettre les connaissances et le savoir-faire nécessaires aux acteurs du domaine des marchés publics.

Pour mesurer de manière optimale le degré de transparence lors de l'adjudication, les statistiques suivantes devraient être développées ou améliorées: nombre d'adjudications publiées par rapport au nombre total d'adjudications effectuées, nombre d'adjudications au-dessus et au-dessous des seuils, procédures utilisées et langues employées.

4.2.2 Concurrence

Sur les marchés publics précédemment cloisonnés, une concurrence accrue conduit à une convergence des prix payés par le secteur public (« effet-prix » à court-terme), à une rationalisation de la production pour permettre une meilleure utilisation des ressources (« effet-compétition » à moyen-terme), et finalement à une réorganisation de la structure de production, en particulier de celle des secteurs dépendants de contrats publics, avec la formation d'alliances, de « joint ventures », de fusions et d'acquisitions (« effet-restructuration » à long-terme)⁴⁷. La législation ne fait que créer un environnement

⁴⁴ Les procédures sont détaillées dans la section 2.1.

⁴⁵ Procédure spéciale qui oblige l'adjudicateur à demander au moins trois offres (Art. 34 et 35 OMP).

⁴⁶ Le guide fédéral et le guide romand peuvent même être consultés sur Internet, aux adresses www.admin.ch/beschaffung/ et www.marches-publics.vd.ch/Guide/guide_romand.pdf.

⁴⁷ European Commission, 1997, p. 3-4.

propice au développement de ces trois effets. Le degré de concurrence dépend aussi de l'importance de la demande privée, des structures de marché, du type de produit, et de la conjoncture. Dans plusieurs secteurs, on commence toutefois à observer les effets précités.

Une première mesure du degré de concurrence a trait au nombre d'appels d'offres qui sont soumis aux **règles de l'OMC**, et qui se traitent selon les procédures ouvertes ou sélectives permettant un degré de concurrence plus élevé que les procédures sur invitation ou de gré à gré.

Avec la procédure choisie et le degré d'ouverture, la hauteur des **seuils** détermine également le degré de transparence et de concurrence d'un appel d'offres public. Des seuils trop élevés réduisent le nombre de marchés soumis à la concurrence et empêchent les structures des marchés considérés de se moderniser. Si le nombre d'adjudications soumises à la concurrence est faible, les entreprises se contenteront des adjudications aux montants inférieurs aux seuils, et la masse critique nécessaire pour transformer les structures de production ne sera pas atteinte. Les statistiques du seco montrent que le taux de marchés publics adjugés en dessus des valeurs seuils est passé de 28%, en 1996, à 41%, en 1999. Une majorité des marchés publics sont toujours attribués en dessous des valeurs seuils. De plus, dans les coûts de la procédure, il faudrait inclure l'allongement des délais de livraison et les coûts en cas de recours.

L'accroissement de la concurrence devrait aller de pair avec l'augmentation du **nombre de soumissionnaires**. Cette statistique est rarement communiquée: sur 179 avis d'attribution parus dans la FOSC, seulement 22 mentionnent le nombre de candidats, avec un nombre allant de 1 à 20 entreprises, et une moyenne de 7,2 candidats par appel d'offres. Les spécialistes interrogés reconnaissent que le nombre de candidats a augmenté avec la nouvelle législation, mais peut-être moins que ce qui était prévu⁴⁸. Ce résultat mitigé est surtout dû au faible nombre de candidats étrangers.

La culture des marchés publics joue un rôle important dans le comportement des entreprises privées. En Suisse, les entreprises sélectionnent un nombre limité d'appels d'offres, et engagent un nombre relativement important de ressources pour y répondre de manière optimale. La perte d'un marché public est ressentie comme un échec. En France, les entreprises répondent parfois à une vingtaine d'appel d'offres par mois, sans bien sûr escompter remporter tous ces marchés. Ainsi, la culture d'entreprise liée à la problématique des marchés publics en Suisse n'a pas encore conduit à un accroissement optimal de la concurrence. Ces habitudes remontent à l'époque de l'ancienne législation, quand les marchés publics étaient attribués par un tournus entre les entreprises régionales. La pléthore de normes, qui sont parfois contradictoires entre les différents niveaux étatiques, et même au sein de chacun d'entre eux, constitue un frein à la participation de maintes entreprises à des appels d'offres dans des juridictions différentes.

L'origine des entreprises soumissionnaires est impossible à déterminer, car aucune statistique n'est tenue à ce sujet. Dans l'UE, la plupart des entreprises qui soumettent à l'étranger estiment que cela entraîne des coûts plus importants que sur le marché domestique. Les coûts additionnels sont surtout des coûts de marketing et de préparation de la soumission⁴⁹.

⁴⁸ L'amélioration conjoncturelle a peut-être réduit le nombre d'entreprises candidates.

⁴⁹ European Commission, 1997, p. 22.

Par contre, les statistiques concernant l'**origine du soumissionnaire gagnant** sont plus nombreuses. Elles démontrent toutes l'importance de Zurich et des grands cantons, comme lieu d'origine des entreprises gagnantes. Le lieu d'origine des entreprises ne correspond pas toujours à la nationalité de ces entreprises, puisque par exemple IBM et Siemens ont gagné des marchés en s'inscrivant du canton de Zurich et Toyota, du canton d'Argovie. Les retombées économiques ne se trouvent pas non plus forcément dans le canton déclaré. Le taux de pénétration des entreprises étrangères n'est pas très important pour ce qui concerne les marchés publics fédéraux (13% à 24% selon les seuils retenus et les catégories de produits), et il se manifeste surtout dans le secteur des biens (informatique, bois, machines, matériaux et métaux). Ces taux sont nettement inférieurs au taux de pénétration des entreprises étrangères dans l'ensemble de l'économie nationale (40%). Une libéralisation des marchés publics devrait accroître la part de marché des entreprises étrangères, sans toutefois aller jusqu'à déséquilibrer la balance commerciale. En effet, comme cette libéralisation s'applique à tous les signataires de l'OMC, les entreprises suisses sont parmi les grands bénéficiaires et peuvent accroître leurs exportations.

Les **PME** occupent une position importante dans l'économie et ont besoin d'un cadre juridique transparent pour prospérer. Cette approche s'exprime dans le droit fédéral des marchés publics. Il s'agit de garantir que les entités publiques respectent les délais de paiement, et que les garanties exigées et les critères de qualification ne soient pas excessifs. Le degré d'éloignement des marchés joue un rôle, puisque les PME profitent de l'ouverture des marchés au niveau local, régional et national, alors qu'au niveau transfrontalier et international les principales bénéficiaires sont les grandes entreprises. Ce phénomène a été observé dans l'UE et s'explique par les avantages des grandes entreprises en termes de prix, de service et d'innovation technique.

En Suisse, il est impossible de savoir si les PME soumissionnent régulièrement, si elles remportent des marchés publics ou si elles se font systématiquement devancer par des grandes entreprises ou par des entreprises générales. Un moyen important pour les PME d'obtenir des marchés publics de taille conséquente est la création de communautés de soumissionnaires qui sont des groupements de travail composés d'au moins deux entreprises⁵⁰. Ces communautés acceptent et exécutent ensemble un marché public et, pour ce faire, déposent une offre commune. Groupées en société simple (art. 530 CO), elles se mettent sous la responsabilité générale de l'une des entreprises. Les communautés de soumissionnaires sont en général admises, surtout dans les secteurs où une collaboration peut permettre de remporter un marché, comme ceux de la construction et des services. Dans un grand nombre de marchés publics de construction, il est également préférable d'avoir au moins un partenaire local pour avoir de meilleures chances d'emporter le marché. Cette forme juridique est, la plupart du temps, jugée inutile pour la fourniture de biens.

Pour mieux apprécier l'impact de l'accroissement de la concurrence, il serait utile de développer les statistiques suivantes: la part des marchés publics dans les différents secteurs économiques, le nombre et l'origine des entreprises candidates par appel d'offres, l'origine des entreprises gagnantes, le nombre de PME et de communautés de soumissionnaires qui se portent candidates et qui remportent des marchés, ainsi que l'évolution du degré de concurrence dans les différents secteurs.

⁵⁰ Comme par exemple, la réunion d'une entreprise techniquement spécialisée et d'une entreprise qui connaît parfaitement le lieu de la prestation à réaliser.

4.2.3 Égalité de traitement

L'égalité de traitement par l'adjudicateur doit être garantie par une évaluation technique sur la capacité des soumissionnaires à remplir le mandat, et sur les mérites de leurs soumissions. L'adjudicateur peut exiger des soumissionnaires des preuves attestant de leurs capacités sur les plans financier, économique et technique (art. 9 al. 1 LMP). Il établit ainsi des **critères de qualification**, précis et complets, qui doivent être publiés lors de l'appel d'offres. Ces critères, qui se rapportent à des points essentiels liés à la capacité d'exécution du fournisseur de la prestation mise en soumission, ont pour but de rassurer l'adjudicateur sur les aptitudes des entreprises candidates⁵¹. Ils sont définis pour chaque appel d'offres. En général, un adjudicateur demandera aux soumissionnaires des preuves matérielles, comme des références, des garanties bancaires, des certificats de qualité, un extrait du registre du commerce, mais aussi plus largement une certaine expérience et de réelles compétences dans le domaine concerné, une présence dans les différentes régions linguistiques, l'existence d'un service après-vente ou l'acceptation des conditions générales de la Confédération. De meilleurs critères de qualification ne peuvent en aucun cas compenser une offre moins avantageuse. Certains critères (garantie bancaire, certification ISO) peuvent s'avérer difficiles à remplir et coûteux pour les PME. La justification de références et d'un certain nombre d'années d'expérience peut freiner l'innovation et pénaliser les nouvelles entreprises. La stricte application des critères de qualification peut avoir des effets négatifs sur le jeu de la concurrence et sur le coût de la procédure d'adjudication. Certains adjudicateurs ont établi des listes d'entreprises préqualifiées, qui n'ont pas besoin de présenter tous les certificats à chaque soumission. A noter que les sous-traitants, mandatés par les soumissionnaires, ne sont pas directement soumis aux critères de qualification.

Lors de l'appel d'offres, les **critères d'adjudication** indiquent aux soumissionnaires comment l'offre économiquement la plus avantageuse sera évaluée et choisie. La publication de ces critères renforce la transparence de la procédure, améliore l'égalité de traitement et lie l'adjudicateur lors de l'attribution du marché. L'article 21, alinéa 1 LMP mentionne les critères de la livraison, de la qualité, du prix, de la rentabilité, des coûts d'exploitation, du service après-vente, de l'adéquation de la prestation, du caractère esthétique, du caractère écologique et de la valeur technique. D'autres critères peuvent être invoqués, mais ils doivent être intrinsèquement liés à la nature et aux particularités du marché. Ils doivent être précis et objectivement quantifiables. Ils ne doivent en aucun cas être discriminatoires, sous peine de voir l'adjudicateur condamné en cas de recours. Une certaine marge de manœuvre est laissée aux adjudicateurs, par exemple dans le choix du nombre, de la pondération et de la notation de ces critères⁵². Il ressort de la pratique que les ressources financières et techniques consacrées à un appel d'offres, et notamment à l'établissement de critères d'adjudication, sont compensées par les bénéfices réalisés grâce à la concurrence qui règne sur le marché soumis.

En analysant les données de la FOSC, on note que certains adjudicateurs fédéraux vont jusqu'à se baser sur 12 critères d'adjudication pour faire leur choix! La moyenne est de 3,7 critères. Selon les experts interrogés, le nombre de critères optimal se situe entre 3 et 5. Plus il y a de critères, plus il y a de risques qu'ils se contredisent, et plus il y a de risques que l'adjudicateur oublie de se concentrer sur les points essentiels de la soumission.

⁵¹ Voir le tableau des résultats dans l'annexe 2.

⁵² Pour un exemple sur la notation des critères, voir Esseiva, Denis, 2000, p. 7-9.

Comme l'a fait remarquer la CRM, l'adjudicateur qui veut respecter le principe de l'égalité de traitement et diminuer les risques de contradictions doit absolument publier la pondération des critères d'adjudication. Or, la pondération ne figure que dans 28 % des appels d'offres publiés entre janvier et mai 2001 dans la FOSC. L'OFCL (71% de oui) respecte la décision de la CFR, alors que l'OFEFT (0%), l'IPS (8%), le GDA (13%), l'EPFL (17%) et l'EPFZ (17%) ne publient que rarement la pondération des critères d'adjudication. Ce faible taux de publication est confirmé par les résultats du questionnaire envoyé aux entités adjudicatrices⁵³. Il y a donc tout un travail d'information à faire auprès de certains adjudicateurs.

Les experts interrogés ont signalé que, malgré l'application de tous ces critères, les adjudicateurs ont souvent tendance à préférer l'offre la meilleur marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, dans l'espoir de diminuer les soupçons de corruption et les risques de recours. Une telle pratique simplifie également la motivation du choix du soumissionnaire.

Au niveau fédéral, des **négociations** peuvent être engagées pour préciser ou éclaircir une offre, pour autant que l'appel d'offres le prévoie ou qu'aucune offre ne paraisse être la plus avantageuse économiquement. Les « rounds de négociations », au cours desquels les prix sont négociés, sont également admis. La Poste souhaiterait aller plus loin et mettre en pratique les « reverse auctions »⁵⁴. Selon la plupart des adjudicateurs, les négociations semblent en outre permettre d'économiser des deniers publics et de tenir compte de l'évolution technologique et conjoncturelle qui ne manque pas de se produire en cours de procédure. Mais elles peuvent aussi troubler la concurrence, augmenter le risque de corruption et inciter les entreprises à prévoir un „coussin de négociations“ inclus dans le prix soumis à négociation. Les entités adjudicatrices rapportent qu'elles ont largement recours aux négociations (même sur les prix), sauf en ce qui concerne l'attribution de biens standardisés, et affirment que cela ne pose guère de problèmes. Seuls l'OFEN et l'EPFL refusent de mener des négociations.

Lorsque l'adjudicateur le permet, les entreprises soumissionnaires sont libres de proposer des **variantes** (art. 22 al. 2 OMP), en plus de la réponse à l'offre globale de base. La législation ne contient aucune définition de cette notion. Les variantes permettent d'augmenter la concurrence et la variété des offres, ce qui peut conduire à une meilleure adaptation des adjudicateurs aux nouvelles technologies. Les variantes doivent toutefois être jugées sur la base des critères d'adjudication énoncés pour l'offre de base. Une entreprise qui propose une meilleure variante subit les coûts inhérents à l'offre de base. Une entreprise aux qualifications techniques précises (spécialiste du bois) ne peut proposer une variante avantageuse que pour autant qu'elle a les moyens de répondre à l'offre de base (exécution requise en métal). Selon les experts et les adjudicateurs, la comparaison avec l'offre de base est néanmoins essentielle, car elle permet d'estimer les chances de succès des diverses variantes proposées.

Dans le secteur de la construction, qui est particulièrement propice à l'éclosion d'innovations et d'idées nouvelles, les variantes sont les bienvenues. Pour les biens (surtout standardisés), la marge de manœuvre est quasi inexistante. On ne connaît pas le nombre de variantes effectivement déposées, ni leur taux de réussite. Les entités adjudicatrices ne font état que de peu de cas où des variantes sont proposées, parce que les spécifications de la soumission sont souvent très précises.

⁵³ Voir le tableau des résultats dans l'annexe 2.

⁵⁴ Enchères inversées : les entreprises soumissionnaires partent d'un prix élevé et proposent ensuite des prix de plus en plus bas, jusqu'à ce que le marché soit attribuée.

Aucune statistique n'est disponible sur le respect des **conditions de travail et de l'égalité de salaire entre hommes et femmes**. La majorité des adjudicateurs se contente des dispositions incluses dans les conditions générales de la Confédération. La CA a proposé d'aller plus loin et de pousser les adjudicateurs fédéraux à demander aux soumissionnaires un engagement écrit. La plupart des adjudicateurs reconnaissent qu'aucun contrôle n'est effectué une fois le marché attribué⁵⁵. Un seul adjudicateur rapporte avoir imposé une peine conventionnelle à une entreprise qui ne respectait pas les conditions de travail. Au vu du manque de sensibilisation au principe de l'égalité hommes-femmes, qui est pourtant inscrit dans la loi, le BFE a mis en place, en collaboration avec la CA, un projet pilote qui cherche à établir si la structure salariale établie par les soumissionnaires est suffisamment égalitaire pour respecter les normes légales.

Les **clauses d'exception** permettent d'attribuer des marchés sans respecter les procédures courantes. Peu d'adjudicateurs y ont recours. La DDC, qui délivre des prestations à l'étranger, utilise les clauses d'exception pour l'aide alimentaire (art. 3 al. 2 let. b LMP) et pour les marchés passés sur la base de traités internationaux (art. 3 al. 2 let. c LMP). L'EPFZ a recours à l'article 13, alinéa 1, lettre f OMP sur la complémentarité et l'accroissement de la performance de prestations déjà fournies, pour octroyer certains marchés publics complexes.

L'adjudicateur collabore parfois avec des **entreprises privées pour élaborer le cahier des charges**. Ces entreprises, qui ont une meilleure connaissance du projet que leurs concurrents, entrent parfois en ligne de compte comme soumissionnaires. Cette pratique n'est pas expressément interdite par l'article 11 LMP, mais pose trois problèmes principaux. Premièrement, en choisissant le bureau d'étude d'architectes ou d'ingénieurs qui prépare l'appel d'offres, l'adjudicateur se laisse souvent guider par des critères politiques ou de proximité. Une déclaration des entreprises ayant participé à la préparation de l'appel d'offres permet d'améliorer la transparence. Deuxièmement, les entreprises pré-impliquées ont accès à plus d'informations que leurs concurrentes. En vertu du principe de l'égalité de traitement, ces entreprises ne devraient pas être autorisées à soumissionner. Une extension des délais permettrait toutefois à tous les soumissionnaires de prendre connaissance des mêmes informations. Enfin, le cahier des charges ne devrait pas être établi en fonction des capacités particulières du soumissionnaire pré-impliqué. Au niveau fédéral, la plupart des adjudicateurs ne recourent pas à des entreprises externes pour préparer leurs adjudications⁵⁶. Le seco et la DDC mandatent parfois des experts. Dans les cas de biens ou de services très spécialisés, le GDA et l'OFCL ont recours à des soumissionnaires potentiels mais, généralement, ceux-ci ne sont ensuite pas admis à soumissionner. Le fait que l'entreprise qui a aidé à rédiger l'offre est exclue entraîne une réduction de la concurrence pour ces biens spécialisés.

L'égalité de traitement pourrait être mesurée par des statistiques sur le nombre de critères de qualification et d'adjudication demandés, sur la présence de la pondération des critères d'adjudication, sur la motivation du choix de l'offre gagnante, sur le nombre de négociations engagées, sur le nombre de variantes proposées et acceptées et sur l'utilisation des clauses d'exception. Il serait également intéressant de mesurer si le respect des conditions de salaire et de l'égalité hommes-femmes est vérifié par les adjudicateurs.

⁵⁵ Voir le tableau des résultats dans l'annexe 2.

⁵⁶ Voir le tableau des résultats dans l'annexe 2.

4.2.4 Deniers publics

Le choix de l'**offre économiquement la plus avantageuse** repose sur l'évaluation des critères d'adjudication. Selon l'analyse de l'OPCA des offres parues dans la FOSC, le motif principal d'adjudication est le respect des critères d'adjudication et des exigences formulées dans le cahier des charges (45%). Le rapport qualité/prix vient en deuxième position (22%), alors que le critère exclusif du prix le meilleur marché n'est décisif que dans 16% des cas. Ces résultats ne correspondent pas à ceux recueillis par le biais du questionnaire de l'OPCA. De nombreux adjudicateurs (Poste, OFEN, OFEFT, EPFZ, IPS) ont en effet répondu qu'ils choisissaient très régulièrement l'offre la meilleur marché⁵⁷.

Au sein de l'UE, l'impact de la libéralisation des marchés publics sur **le niveau des prix** est généralement faible et varie selon les secteurs et les circonstances⁵⁸. En Suisse, seuls l'EPFZ, la Poste et l'OFCL ont observé des baisses de prix et ce, dans quelques secteurs seulement⁵⁹. Le fait que le niveau des prix n'a que rarement baissé s'explique par les barrières techniques dues aux normes nationales et par la stratégie de la „présence locale“ qui amène les entreprises étrangères à appliquer les prix locaux. Mais il existe d'autres facteurs tels que le degré de compétition imparfaite (seuls quelques acteurs sont au courant des appels d'offres), la réticence de certaines entités publiques face à l'achat de nouvelles technologies provenant de l'étranger et le fait que le choix des adjudicateurs se porte sur l'offre économiquement la plus avantageuse (le prix n'est pas l'unique raison du choix). D'autre part, la politique exogène de réduction des déficits publics a eu pour effet une réduction de la demande de biens, de services et d'infrastructures publics. Au vu de la puissance d'achat du secteur public dans certains secteurs, cette baisse de la demande peut entraîner une baisse des prix.

Il est difficile de mener une analyse précise de l'impact de la libéralisation des marchés publics sur les prix. Selon l'article 28, lettre f de l'OMP, les entités adjudicatrices sont tenues de rapporter la valeur de l'offre retenue ou (et non pas et) la valeur la plus élevée et la plus basse des offres examinées. Il est donc impossible de savoir si l'offre la meilleur marché est systématiquement préférée, ni si la différence de prix entre l'offre la meilleur marché et l'offre retenue est notable. Dans les cas où cela nuirait à la concurrence ou aux intérêts commerciaux des soumissionnaires, l'adjudicateur peut même ne pas fournir d'indications sur le prix. Un autre problème statistique central est l'absence de données sur le coût total final du marché public. Il est plus que probable que le prix effectivement payé soit différent (en général plus élevé) du prix adjudgé.

L'OPCA a identifié 12 adjudications de biens identiques réalisées en 2000 et en 2001 par l'OFEFT et publiées dans la FOSC. Ce sont des biens standard, soumis à la procédure ouverte, selon les règles de l'OMC. La publication du prix minimum des appels d'offres en 2000 a eu un net impact à la baisse sur les prix unitaires proposés en 2001⁶⁰, ce qui tente à prouver que la transparence et la concurrence permettent une baisse de prix.

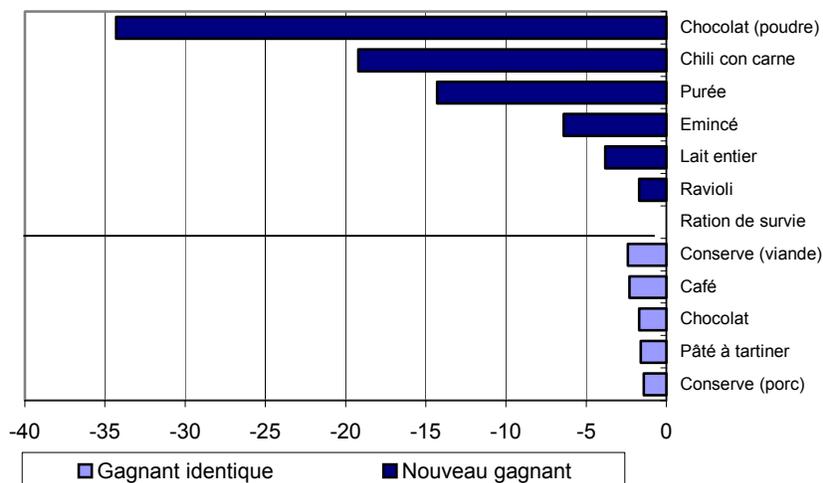
⁵⁷ Dans l'UE, les adjudicateurs choisissent aussi généralement l'offre la meilleur marché, tout en déclarant avoir en fait choisi l'offre économiquement la plus avantageuse. European Commission, 1997, p.21.

⁵⁸ European Commission, 1997, p. 24-25.

⁵⁹ Voir le tableau des résultats dans l'annexe 2.

⁶⁰ Les appels d'offre des années 2000 et 2001 sont soumis à la nouvelle législation. Il semblerait que cette dernière ait déployé des effets plus importants au cours des premières années qui suivirent son entrée en vigueur (1996-1999) que par la suite.

Figure 2: Évolution du prix de quelques produits (en %, 2000-2001)⁶¹



Source: OPCA (sur la base des appels d'offres de l'OFEFT parus dans la FOSC)

Cette baisse de prix est d'ailleurs plus importante quand un nouveau soumissionnaire remporte le marché. Prenons le cas de l'entreprise B qui a connaissance du prix que l'entreprise A a pratiqué en l'an 2000. Elle sera tentée de proposer un prix nettement inférieur en 2001, dans l'espoir de remporter le marché. Selon l'EMPA, les nouvelles entreprises pratiquent souvent un prix très bas qui leur permet d'être connues de l'adjudicateur, et leur sert de « door opener ». Par contre, l'entreprise A, qui sait qu'elle a pratiqué le prix le plus bas en 2000, aura tendance à ne baisser son prix que marginalement en 2001. Ces deux observations se basent sur la comparaison de l'adjudication de biens identiques, standard, et soumis à une forte compétition⁶². Elles ne sauraient être généralisées à tous les autres marchés publics, étant donné que des marchés publics similaires sont rarement attribués plusieurs années d'affilée. Les constants progrès technologiques, les différences géographiques, les innombrables spécifications et les éventuelles variations conjoncturelles (faible inflation, forte croissance) rendent très difficiles des comparaisons dans le domaine de la construction, des services et des technologies.

Aucune étude n'a été menée pour connaître les **coûts des différentes procédures d'adjudication**. Selon l'UE, les procédures dérivées de l'OMC sont plus coûteuses et

⁶¹ Les évolutions de prix sont calculées en tenant compte uniquement du prix inférieur de la fourchette de prix publiée (le prix adjudgé n'étant publié dans aucun cas). Les prix sont exprimés tout d'abord en francs par unité (harmonisation des quantités), puis en base 100 pour l'an 2000. L'évolution pour 2001 s'exprime ainsi en pourcent. La plupart des adjudications étaient d'un volume identique en 2000 et en 2001. Dans les cas où les quantités ont augmenté, il est possible qu'une partie de la baisse du prix unitaire soit due à l'accroissement du volume de l'offre.

⁶² Relevons toutefois qu'à ce jour aucune entreprise étrangère n'est parvenue à remporter l'un de ces marchés.

prennent plus de temps⁶³. C'est également l'opinion de la plupart des adjudicateurs suisses. Relevons toutefois qu'aucun de ceux-ci n'est en mesure de dire combien coûtent les procédures d'adjudication. La Poste estime le coût de la procédure sur invitation à quelques centaines de francs et celui de la procédure ouverte à plusieurs milliers de francs. L'EMPA pense que les procédures d'adjudication ne coûtent jamais plus de 5000 francs suisses. Les coûts procéduraux dépendent de toute une série de facteurs (contenu du cahier des charges, complexité du mandat, des modèles et des échantillons, normes techniques prédéterminées, nombre d'offres déposées, etc.). La nouvelle législation a fait grimper les coûts qui sont à la charge des adjudicateurs et ceux qui sont supportés par les soumissionnaires. L'aménagement d'un droit de recours peut entraîner une augmentation des coûts et un allongement des délais. Du point de vue de l'économie des deniers publics, la relation suivante représente la valeur seuil optimale:

<p><u>Valeur seuil optimale :</u> Baisse de prix obtenue > Coût de la procédure choisie</p>
--

Comme vu plus haut, les statistiques suisses n'abordent pas ces éléments. L'OFEN, l'IPS, la Poste et l'EPFZ estiment toutefois que l'engagement de ressources supplémentaires dû aux nouvelles procédures n'est pas compensé par la baisse de prix obtenue.

La nouvelle législation entraîne des effets sur les deniers publics. Pour mesurer cet impact avec précision, il est essentiel de disposer de statistiques sur les points suivants: l'enveloppe budgétaire totale accordée aux marchés publics (en dessus et en dessous des seuils), le prix le plus bas, le prix le plus haut, le prix adjugé, le prix final, les prix similaires dans le secteur privé et finalement le coût des différentes procédures.

4.3 Résultats : marchés publics des cantons

Pour donner un aperçu de la situation dans les cantons, six cantons représentatifs ont été choisis sur la base des **critères de sélection** suivants : position géographique (cantons de plaine, périphériques, frontaliers, des différentes régions linguistiques), capacité économique (cantons forts et faibles), proximité (cantons voisins et éloignés) et taille des marchés publics (en particulier, dans le secteur de la construction). L'OPCA a retenu les cantons suivants: Berne, Genève, Grisons, Schaffhouse, Vaud, Zurich. Il faut relever que ces six cantons regroupent à eux seuls 61% du volume des marchés publics cantonaux, et que ces derniers sont très largement dominés par le domaine de la construction dans lequel les cantons ont des intérêts et des compétences particulières.

Tant par leur quantité que par leur qualité, les **statistiques cantonales** présentent d'importantes différences. Elles sont parfois plus partielles que celles de la Confédération. Chaque canton ayant sa propre méthode de récolte de statistiques, ces dernières ne permettent ni de tirer des comparaisons, ni d'avoir une vision globale des marchés publics cantonaux. La CMCC tente depuis 1999 de collecter les statistiques cantonales en relation avec les obligations internationales incombant à la Suisse dans le cadre de l'OMC. Les statistiques OMC sont très hétérogènes, ne sont ni standardisées ni vérifiées, et semblent uniquement servir de quittance à l'obligation de fournir des statistiques à l'OMC. L'OPCA a demandé aux six cantons choisis de lui fournir des

⁶³ European Union, 1997, p. 20-21.

statistiques plus détaillées⁶⁴. Seuls Genève, les Grisons et Vaud ont pu répondre à cette attente. L'OPCA a, en outre, analysé en détail les publications des appels d'offres et des avis d'adjudication parus sur le site Internet du canton de Vaud (www.marches-publics.vd.ch). Pour permettre une meilleure compréhension des impacts de la nouvelle législation et pour favoriser de futures recherches, il serait souhaitable que les cantons harmonisent leurs méthodes statistiques et collectent les mêmes données que la Confédération. Les indicateurs à développer ont déjà été présentés dans la section sur les marchés publics fédéraux. Une utilisation optimale des potentialités du site www.simap.ch (voir ci-dessous) pourrait grandement améliorer les statistiques cantonales.

4.3.1 Transparence

La **publication** des appels d'offres cantonaux est très décentralisée, puisque chaque canton publie ses appels d'offres dans sa feuille d'avis officielle. Le fait que les entreprises soumissionnaires ne disposent pas d'une publication officielle rassemblant tous les appels d'offres lancés en Suisse contribue au manque de transparence constaté par l'OPCA dans le domaine des marchés publics. Le principe de l'égalité de traitement est aussi ébranlé puisque les entreprises bénéficiant de moyens importants ou de succursales dans les cantons ont moins de difficultés à s'informer des divers appels d'offres. De plus, la concurrence est réduite par le fort degré de fractionnement et de dispersion des publications. A l'ère des nouvelles technologies, ce manque de disponibilité de l'information est particulièrement regrettable. Au début de l'an 2001, 73% des entreprises avaient accès à Internet, alors que seuls 12% des appels d'offres étaient publiés sur Internet⁶⁵. Le contenu des sites Internet cantonaux relatifs aux marchés publics va de la photo du conseiller d'Etat responsable, à la publication des avis d'appel d'offres⁶⁶, en passant par une courte présentation du département concerné, en général sous la forme d'une version pdf de la feuille d'avis officielle. Le canton de Vaud est le seul à posséder un site spécifique aux marchés publics (www.marches-publics.vd.ch). Depuis sa création, en septembre 1999, il ne cesse de le développer.

En juin 2000, les cantons de Genève et de Vaud, s'appuyant sur les articles XXIV, paragraphe 8 de l'Accord OMC sur les marchés publics, et sur l'article 12, alinéas 1 et 2 de l'Accord bilatéral, ont pris une initiative novatrice : la création d'un site Internet rassemblant tous les appels d'offres publiés en Suisse. Ils ont fondé, à cette fin, un partenariat qui, en octobre 2000, s'étendait à Berne, à Fribourg, à Neuchâtel, au Valais et au Jura et, en janvier 2001, aussi au Tessin. Ce projet a véritablement démarré en janvier 2001. En octobre 2001, la Confédération a également adhéré à ce projet, ce qui contribue grandement à une harmonisation librement consentie des formulaires et de plusieurs procédures. A ce jour, 14 cantons ont d'ores et déjà garanti leur participation. Les grandes communes ont en outre été invitées à rejoindre ce projet de portail suisse, qui devrait être opérationnel en juin 2002, et figurer sous l'adresse Internet www.simap.ch, SIMAP étant l'abréviation utilisée dans l'UE pour désigner le Site d'Information sur les Marchés Publics. Dans le courant 2003, il devrait même être

⁶⁴ Ces six cantons sont représentatifs de l'état des données statistiques au niveau cantonal. Plusieurs intervenants ont même estimé que les Grisons disposent des "meilleures" statistiques cantonales. Quant au canton de Vaud, il possède le site Internet le plus développé.

⁶⁵ DAEL (GE) / DINF (VD), 2001, p.5.

⁶⁶ Par exemple, www.amtsblatt.zh.ch (Zurich) et www.kantonsamtsblatt.ch (Grisons).

possible d'effectuer des transactions sur ce site⁶⁷, qui est appelé à être utilisé par 5550 entités adjudicatrices et à permettre le dépôt électronique de 90'000 appels d'offres par année.

Ce portail, axé sur l'information et sur la communication, vise à harmoniser les procédures d'appel d'offres et d'adjudication, à centraliser les informations relatives aux marchés publics (législation, jurisprudence, guide pratique), à mettre au point un outil de communication commun et moderne, à publier des informations sur un support renforçant la concurrence et la transparence, à réduire les coûts (en particulier les coûts d'exploitation), à maintenir les particularités réglementaires de chaque canton, et à améliorer la récolte de statistiques. Pour réaliser ces buts, il faut soit nommer un responsable „marchés publics“, soit créer un centre de compétences. Il faut également mettre en place des programmes de formation à l'utilisation d'Internet. Le développement du site Internet vaudois a coûté 120.000 francs, somme à laquelle il faut ajouter des coûts annuels d'exploitation de 60.000 francs. Le canton de Vaud met à disposition du site suisse son application Internet relative aux marchés publics. La Confédération met à sa disposition les formulaires d'avis d'appel d'offres et d'avis d'adjudication de la FOOSC. Les investissements liés au développement et à l'exploitation du site suisse sont estimés à 350.000, respectivement à 325.000 francs, ce qui représente, si l'on tient compte de la quote-part fédérale de 25%, une charge cantonale annuelle de 3,5 centimes, respectivement 3,4 centimes, par habitant⁶⁸.

Au niveau cantonal, **la procédure d'adjudication** ouverte est nettement préférée à la procédure sélective dans tous les secteurs (sauf dans les services du canton de Vaud). On peut constater la même tendance au niveau fédéral. En dessous des seuils, les cantons des Grisons et de Genève utilisent surtout la procédure sur invitation.

Actuellement, rares sont les publications cantonales d'appel d'offres qui paraissent dans une autre **langue** que la langue cantonale. Quelques cantons alémaniques publient un résumé dans l'une des langues officielles de l'OMC, le français. Le problème de la langue se pose également pour les réponses aux appels d'offres et pour les recours, étant donné qu'ils doivent être déposés dans la langue officielle du canton. Les pages du site Internet suisse seront accessibles en français, en allemand et en italien. Les formulaires d'appel d'offres et d'adjudication seront également disponibles en anglais. Grâce au caractère multilingue de son site, la Suisse respectera les dispositions de l'OMC et de l'Accord bilatéral relatives à la transparence et à la concurrence.

4.3.2 Concurrence

Dans les cantons, la question des **valeurs seuils** recouvre deux aspects. Premièrement, pour les cantons économiquement forts ou frontaliers, l'impact de la législation sur la concurrence est lié à la hauteur des seuils. En effet, des seuils plus bas permettent à plus d'entreprises locales, régionales ou étrangères de se porter candidates pour des appels d'offres publiques, ce qui permet à la forte concurrence régnant dans le secteur privé de s'installer dans le secteur public. Dans les cantons économiquement plus faibles et périphériques, une part plus importante de la demande globale (surtout dans le domaine de la construction) provient du secteur public. Ainsi, plus la concurrence est forte en matière d'appels d'offres publiques et plus elle est forte sur le marché cantonal global.

⁶⁷ Le problème de la validité de la signature électronique devra encore être réglé.

⁶⁸ DAEL (GE) / DINP (VD), 2001, p.18-20.

Peu importe d'ailleurs la structure de la concurrence dans ce dernier. Par contre, si les seuils sont trop élevés, le nombre de marchés publics soumis à la concurrence est si faible qu'il n'a pratiquement aucune chance de modifier l'équilibre de marché en faveur de la concurrence. Cette crainte a été exprimée par le canton des Grisons pour lequel les appels d'offres soumis aux nouveaux seuils de l'AIMPrév ne représenteront plus que 13% des appels d'offres en procédure ouverte (18% dans le secteur des biens) et 6% en procédure sur invitation.

Aucun des cantons retenus ne tient de statistiques sur **l'origine des entreprises** répondant à un appel d'offres. Le canton de Berne estime que plus de 95% des entreprises candidates sont bernoises. Selon ces informations, les entreprises « extra-cantoniales » et étrangères ne seraient que rarement les moins chères. La nouvelle législation semble ne pas avoir fondamentalement modifié la répartition géographique des offres. Dans le canton de Genève, le nombre d'entreprises candidates étrangères est très faible, alors que celui des entreprises provenant de cantons voisins (surtout Vaud et Valais) a augmenté et représente près de 50% des cas dans certains secteurs. Précisons que l'identification de l'origine des soumissionnaires n'est pas toujours une tâche aisée. En effet, la nationalité des entreprises ne correspond pas forcément à leur domicile postal.

Dans le canton de Genève, 88% des **entreprises gagnantes** sont genevoises. Dans le canton de Vaud, les statistiques révèlent une faible tendance vers l'ouverture, qui profite surtout aux entreprises de cantons voisins : entre 1998 et 2000/2001, le nombre d'adjudications à des entreprises vaudoises s'est réduit de 93% à 83%. Dans le canton des Grisons, les entreprises locales remportent également plus de 80% des attributions. Depuis la mise en œuvre de la nouvelle législation, ce canton n'a pas remarqué de modification sensible en matière d'adjudication. Il n'a pas vu évoluer non plus la différence entre le pourcentage des entreprises « extra-cantoniales » et étrangères qui répondent à un appel d'offres, et le pourcentage de celles qui gagnent un marché. Les données disponibles ne sont pas classées par type de procédure. Il serait intéressant de savoir si les procédures de gré à gré et les procédures sur invitation donnent plus souvent que par le passé la préférence aux soumissionnaires locaux. Les cantons de Berne, de Schaffhouse et de Zurich ne fournissent aucune donnée à ce sujet.

4.3.3 Égalité de traitement

Dans le canton de Vaud, les **critères de qualification et d'adjudication** ne figurent généralement pas dans la publication officielle, mais apparaissent dans le cahier des charges. Il ressort par contre d'un bref examen des appels d'offres zurichois que, dans la plupart des cas, les critères et leur pondération font l'objet d'une publication.

L'égalité de traitement, illustrée par les critères de qualification objectifs, pourrait augmenter l'efficacité des moyennes et grandes entreprises, puisque ces dernières n'auront plus besoin de maintenir des succursales dans tous les cantons, ce qui leur garantissait un accès non-discriminatoire aux marchés publics cantonaux.

Les cantons précisent systématiquement qu'aucune **négociation** sur les prix ne sera engagée après le dépôt de l'offre. C'est l'une des principales différences constatées avec la législation et les pratiques fédérales.

4.3.4 Deniers publics

Il n'existe pratiquement aucune donnée sur la **taille des marchés publics cantonaux**. Les cantons de Schaffhouse, de Berne et de Zurich ont avoué à l'OPCA ne pas connaître le volume de leur marché public respectif. Quant aux chiffres recueillis par la CMCC, ils ne sont ni harmonisés, ni vérifiés.

L'analyse des données disponibles sur le site Internet vaudois montre que, dans 83% des cas, **l'offre la moins chère** remporte le marché. L'OPCA a constaté que le critère du prix revêtait une importance toute particulière dans le secteur de la construction. Il a également constaté que les autres critères (qualité, délai, service après-vente) ne jouaient un rôle important que dans le cadre de l'adjudication de services. Il a enfin relevé que le grand poids accordé au critère du prix s'expliquait souvent par l'habitude, la peur d'un recours ou l'état critique des finances publiques cantonales. L'OPCA a pu mesurer les économies réalisées et l'écart opposant les prix pratiqués par les soumissionnaires dans le canton de Vaud, étant donné que le site Internet vaudois indique le **prix minimum**, le prix maximum et le prix adjugé (ni la Confédération, ni les autres cantons ne donne les trois prix !). Au cours de la période s'étendant de janvier 2000 à mai 2001, le canton de Vaud a dépensé 308,6 millions de francs, soit seulement 1,5 million de francs de plus que s'il avait accepté systématiquement les offres les meilleur marché, et 60,1 millions de francs de moins que s'il avait retenu systématiquement les offres les plus chères. Rappelons toutefois que ces prix correspondent aux prix adjugés et ne sont pas les montants effectivement dépensés par les adjudicateurs. Les fortes différences relevées entre le prix adjugé et le prix le plus élevé (près de 20% en moyenne) soulèvent la question du potentiel de concurrence de certaines entreprises.

L'écart constaté entre le prix minimum et le prix maximum est particulièrement faible dans les secteurs fortement exposés à la concurrence, comme le secteur des biens. Cet écart se creuse par contre chaque fois qu'un appel d'offres est mal compris par des entreprises.

A part Vaud, aucun canton ne possède de statistiques détaillées à ce sujet. Les cantons de Berne et de Schaffhouse déclarent que les variations de prix dépendent principalement de la conjoncture, alors que le canton des Grisons avoue n'avoir observé aucune réduction des prix.

Aucun canton ne tient de statistiques sur le **coût des procédures**. La plupart d'entre eux jugent les procédures ouvertes et sélectives nettement plus coûteuses que les procédures sur invitation ou de gré à gré. Le canton de Schaffhouse estime que le coût en temps et en argent augmente parallèlement à la complexité de la législation et des procédures.

5 Conclusion finale

A l'issue de cette recherche, force est d'admettre que le droit suisse des marchés publics est éminemment complexe. L'AMP, qui constitue la source principale du droit dans ce domaine, est transposé séparément en droit fédéral et en droit intercantonal. A chaque niveau de transposition, le risque d'incohérences et de contradictions augmente. D'autres législations (p.ex. LMI, LCart) interviennent également dans le droit des marchés publics, mais leur approche est différente, ce qui explique qu'elles entrent parfois en contradiction avec les normes d'application de l'AMP. L'interaction et l'enchevêtrement de ces multiples normes ont pour effet d'accroître l'incertitude juridique et de rendre l'application du droit lourde et difficilement compréhensible. Malgré la complexité de la matière, l'application du droit des marchés publics semble fonctionner pour les adjudications standard (marchés bien définis et fréquemment attribués). La législation est, par contre, beaucoup plus difficile, voire impossible à appliquer pour des marchés atypiques, c'est-à-dire des marchés attribués par des adjudicateurs dans une situation particulière ou des marchés concernant une prestation spécifique et compliquée.

La législation actuelle ne tient pas entièrement compte de l'évolution de l'environnement économique et social qui incite les collectivités publiques à déléguer des compétences et des responsabilités à des entreprises semi-étatiques, voire directement au secteur privé. Par ailleurs, la technologie évolue toujours plus rapidement et les marchés à attribuer deviennent de plus en plus complexes. Les adjudicateurs se retrouvent ainsi toujours plus fréquemment dans des situations nouvelles qui n'ont pas été prévues par la législation. En d'autres termes, l'attribution d'une partie croissante des marchés publics baigne dans une sorte de flou juridique.

Selon certains experts, des efforts de coordination supplémentaires devraient être entrepris en raison du grand nombre d'organes impliqués dans la mise en œuvre du droit des marchés publics. Il n'existe pas de lignes directrices, et aucune autorité n'exerce le leadership. Aucun organe, à l'exception de la Comco qui, par le biais du droit des cartels, peut intervenir en cas d'entraves à la concurrence, ne dispose de mesures contraignantes pour garantir la mise en application du droit des marchés publics. Dès lors, le principal moteur de l'application correcte de la législation reste la possibilité d'utiliser des voies de droit donnée aux soumissionnaires.

La multiplicité des normes qui composent le droit des marchés publics et la diversité des organes juridictionnels prévus pour trancher les contentieux génèrent une jurisprudence hétérogène. Les différences d'interprétation existant entre la CRM, le TF et les tribunaux administratifs compliquent la compréhension des jugements par le public, diminuent l'acceptation des décisions, créent une insécurité juridique et, finalement, minent la crédibilité des voies de recours. En outre, la propension des entreprises à recourir est freinée par toute une série de facteurs structurels comme le mauvais rapport coût/bénéfice de la procédure ou la crainte de représailles. L'efficacité et l'effet préventif des voies de recours s'en trouvent diminués.

La Confédération et les cantons prennent peu à peu conscience de ces problèmes. Ainsi, en révisant l'AIMP, les cantons ont harmonisé les valeurs seuils au niveau intercantonal. En transposant l'Accord bilatéral (révisions de l'AIMP et de l'OMP), la Confédération et les cantons se sont mis d'accord sur le principe selon lequel, en cas d'adjudication commune, le droit applicable est celui de l'adjudicateur qui attribue la part de marché dont la valeur est la plus élevée. Les cantons sont d'accord de confier au DETEC la prise de décisions d'exemption de certains marchés sur lesquels règne la concurrence. Ces

exemples illustrent la volonté de la Confédération et des cantons, si ce n'est de simplifier, du moins de ne pas compliquer davantage le droit des marchés publics. Par ailleurs, le projet d'un portail commun « Marchés publics » sur Internet, auquel quatorze cantons et la Confédération ont d'ores et déjà adhéré, se propose de réunir tous les appels d'offres, et de les enregistrer sur un formulaire unique. Ainsi, l'harmonisation, qui semble si difficile à réaliser sur le plan législatif, est en train de se faire, en matière d'appels d'offres, sur une base librement consentie.

De toute évidence, certains problèmes liés au droit des marchés publics sont en cours de résolution. Il n'en demeure pas moins que la grande majorité des experts et des acteurs impliqués dans ce domaine n'est pas satisfaite de la situation actuelle. Ils réclament avant tout une clarification, une simplification et une harmonisation du droit actuel ainsi que la prise en compte des nouvelles évolutions.

L'évaluation de l'impact de la nouvelle législation sur les marchés publics se heurte au manque de statistiques fiables. Les quelques données disponibles permettent néanmoins de mettre en évidence les tendances suivantes :

En ce qui concernant l'objectif de transparence, on remarque que près de la moitié des adjudicateurs fédéraux n'ont publié aucun appel d'offres durant les 17 derniers mois. La procédure ouverte est la procédure compétitive la plus utilisée. L'introduction du portail Internet commun (www.simap.ch) devrait améliorer la situation en systématisant la diffusion des marchés à attribuer et la collecte des données.

Dans la perspective d'un accroissement de la concurrence, on note qu'une minorité de marchés publics présente une valeur supérieure aux valeurs seuils et obéit aux règles concurrentielles. On manque également de données statistiques pour mesurer la valeur seuil idéale qui garantirait des coûts de procédure d'adjudication en tout cas inférieurs aux montants que cette procédure ferait économiser aux adjudicateurs en leur permettant d'obtenir une offre plus basse. Par contre, le nombre d'entreprises candidates est en général suffisant pour permettre une concurrence efficace, quand bien même les entreprises étrangères sont encore peu présentes sur le marché suisse. Ce désintérêt pourraient s'expliquer par la distance, le faible volume des marchés, ou le manque de diffusion des publications. Les adjudicataires des marchés fédéraux sont toujours majoritairement originaires des cantons du triangle d'or.

Dans l'optique de l'égalité de traitement, l'OPCA a observé la grande diversité des critères de qualification et d'adjudication utilisés, la faible volonté de publier la pondération de ces critères, l'utilisation courante des négociations, la rareté des variantes proposées et le peu d'intérêt accordé au respect des clauses sociales.

Il n'est pas facile de mesurer les deniers publics que la nouvelle législation permet d'économiser. Pour y parvenir, il faudrait connaître le coût total final de chaque marché public, ainsi que le coût des diverses procédures d'adjudication. Or, les statistiques fédérales ne fournissent qu'une fourchette de prix. De surcroît, ces chiffres sont recueillis le jour de l'adjudication, et non pas au moment de la réalisation finale de la commande. Il n'est pas facile non plus de réaliser les effets que la nouvelle législation a déployés sur les prix payés par les adjudicateurs. L'OPCA est toutefois parvenu à démontrer que, pour certains biens de base, les prix unitaires ont baissé en 2001.

Etablir un bilan économique plus précis et tirer des conclusions définitives sur la base de données aussi lacunaires est impossible. Cela est d'autant plus regrettable qu'aussi bien les experts consultés que les représentants de l'administration publique actifs dans ce domaine souhaiteraient disposer d'une étude économique pertinente sur les effets de la

loi. La condition sine qua non de la réalisation d'une telle étude est cependant une récolte de données coordonnée et systématique. Cela soulève des questions qui méritent d'être débattues dès à présent : quel type de statistiques sont les plus probantes ? Comment récolter ces statistiques avec un rapport coût/bénéfice acceptable ?

6 Bibliographie

6.1 Matériel administratif

AFF, plusieurs années: Statistiques des achats de la Confédération.

BASS, 2001 : Instrumente zur Kontrolle des Lohngleichheit bei Beschaffungen des Bundes. Berne : BFE, DFF.

Conseil fédéral, Message du 19.9.1994 relatif aux accords du GATT/OMC (Cycle d'Uruguay), FF 1994 IV p. 1 ss.

Conseil fédéral, Message du 19.9.1994 relatif aux modifications à apporter au droit fédéral dans la perspective de la ratification des accords du GATT/OMC (Cycle d'Uruguay), FF 1994 VI, p. 995 ss.

Conseil fédéral, Message du 19.9.1994 concernant la loi fédérale sur les marchés publics, FF 1994 IV, p. 1193 ss.

Conseil fédéral, Message du 23.11.1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, FF 1995 I, p. 472 ss.

Conseil fédéral, Message du 23.11.1994 concernant la loi fédérale sur le marché intérieur, FF 1995 I, p. 1193 ss.

CMCC, 2001 : Rapport sur les effets de la libéralisation des marchés publics en Suisse.

CMCC, 2001 : Message sur l'Accord intercantonal sur les marchés publics.

DAEL (GE) / DINF (VD), 2001 : Résultats de l'étude de faisabilité – www.simap.ch. Genève.

DFF, 1999 : Rapport annuel 1999, p.34.

DFF, 2000 : Rapport annuel 2000, pp. 21-23.

DTAP, 2001 : Message sur la révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 25 novembre 1994.

Etat de Genève, 1999 : « Evaluation de l'impact des accords bilatéraux ». Rapport disponible sur Internet, à l'adresse : <http://www.geneve.ch/bilaterales/>

FOSC, plusieurs années : Feuille Officielle Suisse du Commerce. Berne.

OMC, plusieurs années : Statistiques communiquées au titre de l'article XIX, chiffre 5 de l'Accord OMC.

OPCA, 2000 : La situation en droit des cartels. Berne : OFCIM, 81 p.

OPCA, 2000 : Evaluation : Quel est le degré d'ouverture du marché intérieur suisse. Berne : OFCIM.

Seco, Balastèr Peter, 2001 : KMU-Verträglichkeitstest zum öffentlichen Beschaffungswesen. Mimeo.

6.2 Littérature spécialisée

- Bircher, Daniel / Scherler, Stefan, 2000 : Missbräuche bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge. Berne : Haupt.
- Bovet, Christian, septembre 2001: Le contentieux des marchés publics. In : Revue genevoise de droit administratif et de droit fiscal, No 4, p. 415-438.
- Clerc, Evelyne, 1997 : L'ouverture des marchés publics : effectivité et protection juridique. Fribourg : éditions universitaires.
- Cottier, Thomas / Wagner, Manfred, 1995: Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt. In Pratique juridique actuelle (12). p. 1583.
- Danioth Halter, Patrizia, 1999 : Das bilaterale Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen. In : Baurecht, No 2, p. 61-64.
- Droit de la construction, plusieurs années.
- Esseiva, Denis, 1998 : Mise en œuvre de la nouvelle législation cantonale en matière de marchés publics. In : Baurecht, p. 104-106.
- Esseiva, Denis, 2000 : Les marchés publics d'architectes et d'ingénieurs. Article publié sur Internet: <http://www.gillon.ch/articles.html>.
- Europa Institut Zürich, 1998 : Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz : Erste praktische Erfahrungen und Entwicklungen. Zürich : Schulthess.
- European Commission, 1997 : Public procurement. Luxembourg : Office for Official Publications of the European Communities.
- European Commission, 2000 : Analysis of electronic public procurement pilot projects in the European Union. Report.
- Fontannaz, Jean-Raphaël, 2001 : En catimini, les ronds-de-cuir passent au net. In : Bilan, p. 124-130.
- Galli, Peter / Lehmann, Daniel / Rechsteiner, Peter, 1996 : Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz. Zürich.
- Ganz, George, 2001 : Schwellenwerte und Verfahren im öffentlichen Beschaffungswesen. In : Zürcher Zeitschrift für öffentliches Baurecht, 1/2001.
- Ganz, George, 2001 : Öffentliches Beschaffungswesen : Ausschreibung von Verkehrsdienstleistungen. In : AJP, No 8, p. 975 ss.
- Ganz, George, 2001: Objectifs de la loi sur le marché intérieur et répercussions sur les marchés publics des cantons et des communes. In: Vie économique, no.74/4, p.24.
- Gauch, Peter, 1997 : Das öffentliche Beschaffungsrecht in der Schweiz. Ein Beitrag zum neuen Vergaberecht. In : Recht, H. 5, p. 165 ss.
- Gauch, Peter, 1999 : Thèses sur le nouveau droit fédéral des marchés publics, thèses marchés publics 1999. Peter Gauch et Hubert Stöckli, en collaboration avec Jacques Dubey. Fribourg : éditions universitaires.
- Gnitke, Katja, 2000 : Ausschreibungspflichten im Zusammenhang mit gemischtwirtschaftlichen Entsorgungsunternehmen. In : Zeitschrift für deutsches und internationales Vergaberecht, No 5, p. 236 ss.

- Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, 2002: Les juridictions administratives face aux marchés publics. Actes du colloque du 3 octobre 2000. Fribourg : Editions universitaires.
- Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, 2001 : Das Vergaberecht der Schweiz. Fribourg : Editions universitaires.
- Lang, Herbert, 1999 : Die Wandlungen im öffentlichen Beschaffungswesen der Kantone, insbesondere des Kantons Zürich. PBG aktuell, No 4, p. 5-19.
- Mayer, Roland, Erfahrungen der Kantone mit dem Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens.
- Metz, Markus / Schmid, Gerhard, 1998 : Rechtsgrundlagen des öffentlichen Beschaffungswesens. In : Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, No 2.
- Nell, Philippe, 1993 : Analyse empirique de la portée matérielle d'une libéralisation des marchés publics suisses de travaux au niveau européen. In : Revue Economique et Sociale, p. 159-178.
- Nell, Philippe, 1994 : La nouvelle orientation de la politique européenne de la Suisse : le dossier des marchés publics dans les secteurs concessionnés. In : Revue du marché commun et de l'Union Européenne, No 375, p. 103-113.
- Schaller, Olivier, 2001 : Le rôle des marchés publics dans la réalisation du marché intérieur suisse. In : Vie économique, No 4, p. 19-23.
- Wasescha, Luzius, 1999 : La libéralisation des marchés publics. Quelles sont les prochaines étapes ? In : Vie économique, No 9/99, p. 28-30.
- Zogg, Serge, 2001 : La LMI et son impact sur l'ouverture des marchés en Suisse. In : Vie économique, No 4, p. 14-18.
- Zufferey, Jean-Baptiste, 1997 : Le Nouveau droit des marchés publics, Fribourg : Editions universitaires.
- Zufferey, Jean-Baptiste, 2001 : Les marchés publics dans la construction « cinq ans après ». In : Journées suisses du droit de la construction, p. 1 ss.
- Zufferey, Jean Baptiste, Maillard, Corinne (à paraître en 2002) : Le droit des marchés publics. Code annoté.

7 Abréviations

AFF	Administration fédérale des finances
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics (RS 172.056.4)
AIMPrév	Accord intercantonal sur les marchés publics révisé (en cours d'adoption)
AMP	Accord Gatt/OMC sur les marchés publics (RS 032.231.42)
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
BASS	Büro für Arbeits- und Sozialpolitische Studien
CA	Commission d'achat de la Confédération
CDF	Contrôle fédéral des finances
CdG	Commissions de gestion des Chambres fédérales
CMCC	Commission « marchés publics » Confédération/cantons
CO	Code des obligations (RS 220)
CRM	Commission de recours en matière de marchés publics
CSFC	Coordination des services fédéraux de la construction et de l'immobilier
DC	Revue Droit de la Construction, publiée par l'Institut pour le droit suisse et international de la construction
DDC	Direction du développement et de la coopération
DDPS	Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports
DETEC	Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication
DFE	Département fédéral des finances
DGD	Direction générale des douanes
DPC	Revue Droit et Politique de la Concurrence, publiée par les autorités de la concurrence
DTAP	Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement
DTS	Droits de tirages spéciaux
EMG	Etat-major général
EPFL	Ecole polytechnique fédérale de Lausanne
EPFZ	Ecole polytechnique fédérale de Zurich
FF	Feuille fédérale
FOSC	Feuille officielle suisse du commerce
GDA	Groupement de l'armement

IPS	Institut Paul Scherrer
LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres entraves à la concurrence (RS 251)
LECT	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce (RS 946.51)
LFEM	Laboratoire fédéral d'essai des matériaux et de recherches
LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur (RS 943.02)
LMP	Loi fédérale sur les marchés publics (RS 172.056.1)
LRN	Loi fédérale sur les routes nationales (RS 725.11)
n.c.	non communiqué
OFAEE	Office fédéral des affaires économiques extérieures
OFCL	Office fédéral des constructions et de la logistique
OFEFT	Office fédéral des exploitations des Forces terrestres
OFEN	Office fédéral de l'énergie
OFJ	Office fédéral de la justice
OFROU	Office fédéral des routes
OFS	Office fédéral de la statistique
OFSP	Office fédéral de la santé publique
OFT	Office fédéral des transports
OILC	Ordonnance du 14 décembre 1998 concernant la gestion de l'immobilier et la logistique de la Confédération (RS 172.010.21)
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMP	Ordonnance sur les marchés publics (RS 172.056.11)
OMPrév	Projet de révision de l'Ordonnance sur les marchés publics
OPCA	Organe parlementaire de contrôle de l'administration
ORN	Ordonnance sur les routes nationales (RS 725.111)
OSEC	Office suisse d'expansion commerciale
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative (RS 172.021)
PME	Petites et moyennes entreprises
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
seco	Secrétariat d'Etat à l'économie
SIA	Société suisse des ingénieurs et architectes
SIMAP	Site Internet sur les marchés publics
TED	Tenders Electronic Daily
TF	Tribunal fédéral
UE	Union Européenne

8 Liste des experts

- Baeriswyl Monique, secrétariat de la Commission des achats
- Bovet Christian, professeur de droit à l'Université de Genève
- Dähler Rolf, directeur, secrétariat de la Commission de la concurrence
- Esseiva Denis, avocat, Etude Gillon Perritaz Esseiva Goetschi & Overney, Fribourg
- Ganz George, avocat, Bureau de la DTAP
- Gauch Peter, président de l'Institut pour le droit suisse et international de la construction, Université de Fribourg
- Ineichen-Fleisch Marie-Gabrielle, cheffe du secteur OMC, seco
- Lang Herbert, secrétaire général suppléant, Baudirektion, Zürich
- Moser André, Président de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics
- Rubattel Michel, secrétaire général adjoint, Département des infrastructures, Vaud
- Schaller Olivier, chef domaine de compétence LMI, secrétariat de la Commission de la concurrence
- Tanner Markus, chef Ressort Publikationen, seco
- Tichy Herbert, coordinateur, CSFC
- Vallat Patrick, délégué cantonal en matière de marchés publics, Genève
- Vogt Elisabeth, secrétariat de la Commission des achats
- Wasescha Luzius, ambassadeur, Delegate for Trade Agreements/World Trade, seco
- Zufferey Jean-Baptiste, directeur de l'Institut pour le droit suisse et international de la construction, Université de Fribourg

Annexe 1 : Tables des valeurs seuils

Tableau 1 : Valeurs seuils* selon l'AMP (2001, en francs suisses)

Adjudicateurs	Biens	Services	Construction
Confédération	248'950	248'950	9'575'000
Cantons	383'000	383'000	9'575'000
Entreprises publiques dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et du transport	766'000	766'000	9'575'000

* Les marchés publics situés en dessus des valeurs seuils doivent faire l'objet d'un appel d'offres public, c'est-à-dire qu'ils doivent être attribués par la procédure ouverte ou sélective.

Pour les marchés non soumis à l'AMP, il existe une procédure d'adjudication « invitait à soumissionner ou sur invitation ». Cette procédure supplémentaire oblige l'adjudicateur à demander au moins trois offres. Elle est prévue au niveau de la Confédération pour des marchés se chiffrant entre 50'000 et 248'950 francs (valeur AMP) dans le domaine des biens et services, et entre 100'000 et 9'575'000 francs (valeur AMP) dans le domaine des constructions. Pour les valeurs seuils des cantons, voir tableau ci-dessous.

Tableau 2 : Nouvelles valeurs seuils intercantionales pour le marché intérieur suisse selon l'AIMPrév (en francs suisses)

Procédures	Biens	Services	Construction	
			Second œuvre	Gros œuvre
Gré à gré	jusqu'à 100'000	Jusqu'à 150'000	jusqu'à 150'000	jusqu'à 300'000
Sur invitation	jusqu'à 250'000	Jusqu'à 250'000	jusqu'à 250'000	jusqu'à 500'000
Ouverte / Sélective	dès 250'000	Dès 250'000	dès 250'000	dès 500'000

Tableau 3 : Valeurs seuils en francs suisses pour les adjudicateurs nouvellement soumis aux règles OMC

Adjudicateurs nouvellement soumis	Biens	Services	Construction
Communes (les entreprises communales des secteurs de l'eau de l'énergie et du transport étant déjà soumises aux règles OMC)	383'000	383'000	9'575'000
Entreprises privées ayant des droits spéciaux ou exclusifs dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et du transport (y compris les téléphériques et les remonte-pentes)	766'000	766'000	9'575'000
Entreprises publiques ou privées ayant des droits spéciaux ou exclusifs dans le secteur du transport ferroviaire et de l'énergie (approvisionnement en gaz et en chaleur)	640'000	640'000	8'000'000
Entreprises publiques ou privées ayant des droits spéciaux ou exclusifs dans le secteur des télécommunications	960'000	960'000	8'000'000

Annexe 2 : Réponses des principaux adjudicateurs fédéraux au questionnaire établi par l'OPCA sur les marchés publics

	OFC L	GDA	EPFZ	OFEF T	OFE N	EPFL	seco	Poste	IPS	OFSP	DDC	OFS	LFEM
Transparence													
Nombre d'appels d'offres (FOSC, 2000)	49	46	42	32	19	18	16	15	13	9	8	7	7
Publication FOSC	O	O ⁽¹⁾	O	O	O	O	O ⁽¹⁾	O	O	O ⁽¹⁾	O ⁽¹⁾	O	O
Concurrence													
Volume supérieur aux valeurs seuils	23%	81%	50%	-	46%	-	51%	74%	-	65%	84%	95%	73%
Soupçons de collusion	ON ⁽²⁾	N	O	N	N	N	O	N	N	N	N	N	-
Egalité de traitement													
Consultants externes	ON ⁽²⁾	ON ⁽²⁾	N	N	N	N	N	O	N	N	O	N	N
Consultants admis à l'appel d'offres	N	N	-	-	N	-	-	N	N	N	N	N	-
Critères de qualification	O	O	O	O	O	O	O	O	O	O	ON ⁽²⁾	O	O
Pondération	O	N	ON ⁽²⁾	N	O	O	N	N	N	N	N	N	O
Exclusion d'entreprises	O	O	N	N	N	N	O	N	N	O	N	N	N
Variantes proposées	O	?	ON ⁽²⁾	O	N	O	N	O	N	N	O	N	N
Négociations	O	O	O	O	N	N	O	O	O	O	O	O	O

Vérification: respect égalité hommes-femmes	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N
Vérification: conditions de travail	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N
Application de peines conventionnelles	-	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N
Clauses d'exception	-	O	N	O	O	O	N	O	N	O	N	O	N
Deniers publics													
Choix de l'offre la moins chère	?	?	O	O	O	?	?	O	O	?	?	?	N
Baisse Prix ⁽³⁾	ON ⁽²⁾	N	ON ⁽²⁾	-	N	N	N	O	N	N	N	N	?
Coût des soumissions supérieur au gain prix ⁽³⁾	?	O	O	?	O	?	-	O	O	?	-	N	?
Recours	N	O	O	N	ON ⁽²⁾	O	N	O	O	O	O	O	O
Partenaires/Conseils	-	CA, CSF, C	OFC, L	CA	OFC, L	CA	DDC	CA, CFF	EPFZ	CA	OFC, L	OFC, L, CA	CA

Source: questionnaire de l'OPCA

Légende: O = oui, N = non, ? = pas de statistiques disponibles, - = pas de réponse

(1) Publications également sur d'autres supports (site Internet, autres revues).

(2) Réponse différente selon le secteur adjudicateur.

(3) Estimations générales des adjudicateurs, sans preuves statistiques.

Réalisation de la recherche :

Serge ZOGG	Responsable de projet, OPCA
Jérôme DUPERRUT	Collaborateur scientifique, OPCA
Marie-Catherine BLATTER	
Serge KUHN	Récolte de données
Hedwig HEINIS	Secrétariat, OPCA
Tanya KASPER	Secrétariat, OPCA

L'OPCA remercie tous les experts de la disponibilité dont ils ont bien voulu faire preuve lors des entretiens, ainsi que les adjudicateurs fédéraux et les administrations cantonales qui ont répondu au questionnaire.