

# Libéralisation des marchés publics: quelques réflexions sur la situation actuelle

Autor(en): **Rechsteiner, Peter**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Ingénieurs et architectes suisses**

Band (Jahr): **121 (1995)**

Heft 10

PDF erstellt am: **21.09.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-78601>

## **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

## **Haftungsausschluss**

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

# Libéralisation des marchés publics

## Quelques réflexions sur la situation actuelle<sup>1</sup>

Par Peter  
Rechsteiner, avocat,  
responsable du  
service juridique au  
secrétariat général  
de la SIA, 8039  
Zurich

*Chacun sait depuis longtemps déjà que la Suisse doit libéraliser ses marchés publics, c'est-à-dire libéraliser l'adjudication de mandats par les pouvoirs publics. Quelles en sont les raisons et quels effets cela aura-t-il? Nous nous penchons ci-après sur ces questions pour un tour d'horizon général.*

### Les raisons de la libéralisation des marchés publics en Suisse

Rendue possible par les progrès technologiques et institutionnalisés – en partie du moins – par les résultats de l'*Uruguay Round* (GATT), la globalisation croissante des marchés entraîne la mise en place de nouvelles conditions-cadres économiques. Celles-ci touchent les Etats par le biais de leurs économies publiques et des divers secteurs qui les composent. Aussi les institutions publiques sont-elles mises au défi de créer pour leur économie nationale les meilleures conditions-cadres possibles, afin que celle-ci puisse prospérer et s'imposer face à la concurrence internationale. En d'autres termes, cela signifie qu'une économie nationale doit s'assurer l'accès non discriminatoire à d'autres marchés par des accords internationaux. Par ailleurs, des efforts au niveau national sont indispensables afin de créer pour les entreprises exportatrices des conditions leur garantissant une capacité concurrentielle sur le marché mondial. Le Conseil fédéral poursuit ces objectifs depuis plusieurs années et l'EEE devait garantir, sur le plan institutionnel, l'accès au marché européen. Après le non opposé à notre adhésion à l'Espace économique européen, le Conseil fédéral s'est alors concentré sur la réforme des conditions-cadres intérieures en lançant son program-

me de revitalisation. Aux travaux entrepris à cette fin se superposent aujourd'hui – et notamment dans le secteur des marchés publics – les résultats de l'*Uruguay Round* qui requièrent une adaptation du droit suisse. Enfin, la Suisse négocie actuellement avec l'UE des dispositions de libéralisation supplémentaires dans le cadre de l'accord du GATT sur les marchés publics (en particulier l'extension de cet accord aux communes et aux mandants de droit privé opérant dans certains secteurs de l'approvisionnement public).

### Les mesures législatives

#### Au niveau fédéral

Le programme de revitalisation a pour objectif central d'accorder une attention accrue au principe d'une concurrence efficace sur le marché intérieur. Le Conseil fédéral a notamment prévu deux mesures touchant au domaine traité dans cet article:

- la réforme de l'ordonnance fédérale sur les achats et les soumissions,
- la promulgation d'une loi sur le marché intérieur.

Conclu après le lancement du programme de revitalisation, l'accord du GATT sur les marchés publics, qui requiert maintenant une adaptation du droit suisse par la Confédération et les cantons, a entraîné une légère refonte des travaux prévus sur le plan fédéral. Ainsi, la publication de la nouvelle ordonnance fédérale sur les achats et les soumissions a été ajournée, et une loi fédérale sur les marchés publics a été promulguée (qui tient compte des engagements pris dans le cadre du GATT). Cette loi sera complétée par une ordonnance d'exécution qui remplacera l'actuelle ordonnance fédérale sur les achats et les soumissions.

#### Au niveau cantonal

Pour se conformer à l'accord du GATT, les cantons ont passé une

convention intercantonale sur les marchés publics, convention qui aura probablement déjà été adoptée au moment de la parution de cet article. Celle-ci doit permettre une ouverture des marchés, d'une part aux Etats signataires de l'accord du GATT et, d'autre part, aux soumissionnaires d'autres cantons.

On signalera bien entendu que la loi sur le marché intérieur préparée par la Confédération comporte également des principes minimaux pour l'adjudication de marchés publics par des cantons et des communes. Ces principes s'appliquent dans les secteurs non couverts ou insuffisamment couverts par la convention intercantonale susmentionnée et par les ordonnances d'exécution cantonales ou communales correspondantes. Pour être parfaitement clair, on soulignera expressément que la loi sur le marché intérieur se limite à une ouverture des frontières cantonales et communales, et ne permettra nullement à des entreprises étrangères d'accéder à ces marchés. Les principes découlant de la loi sur le marché intérieur, principes que devront appliquer les cantons et les communes, sont essentiellement les suivants:

- égalité de traitement pour tous les habitants du pays, c'est-à-dire libre accès au marché sur tout le territoire suisse pour toutes les personnes physiques (citoyens suisses et ressortissants étrangers au bénéfice d'un permis d'établissement) ainsi que pour toutes les personnes morales, y compris celles, en mains étrangères, ayant leur siège en Suisse;
- les cantons et les communes sont tenus de veiller à ce que les projets relatifs à d'importants marchés publics de fournitures, de services et de construction fassent l'objet d'une publication officielle qui inclut les critères de participa-

<sup>1</sup>Traduction du texte allemand original paru dans *SI + A* N° 9 du 23 février 1995

tion et d'adjudication, l'autorité étant chargée d'appliquer les engagements internationaux pris par la Confédération. En l'occurrence, il s'agit notamment de respecter les valeurs seuils fixées par l'accord du GATT quant aux volumes d'affaires à partir desquels un appel d'offres doit obligatoirement être publié et soumis à une procédure d'adjudication conforme aux prescriptions de l'accord.

Au-dessous de ces valeurs seuils et pour autant que les cantons en aient disposé ainsi, la publication conformément à la loi sur le marché intérieur est facultative. Comme indiqué ci-dessus, le principe de l'égalité de traitement doit toutefois être respecté dans tous les cas.

#### **Remarques récapitulatives**

Les divers développements que nous venons d'évoquer se chevauchent et se traduisent, pour le profane, par un programme législatif dans le domaine des marchés publics *a priori* assez difficile à suivre.

Si l'arsenal législatif annoncé entre en vigueur dans sa forme actuelle, augmenté des accords prévisibles avec l'UE, cela signifierait essentiellement que la Confédération, les cantons et les communes, ainsi que d'autres instances dépendant de l'Etat pour leurs finances ou leur personnel (les régies et établissements publics, mais aussi les institutions de droit privé sous contrôle étatique) devront adjudger leurs marchés conformément aux nouvelles dispositions. L'entrée en vigueur de l'ensemble des mesures législatives mentionnées est prévue pour le 1<sup>er</sup> janvier 1996.

Même si les divers textes de loi relatifs aux marchés publics comportent des différences en ce qui concerne le volume de réglementation qu'ils contiennent, la terminologie employée, l'aménagement de certaines dis-

positions et, surtout, les moyens de droit à disposition, ils s'inspirent tous pour l'essentiel des mêmes principes de base, que nous allons brièvement présenter en prenant pour exemple la loi fédérale sur les marchés publics adoptée le 16 décembre 1994 par l'Assemblée fédérale.

#### **Loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LFMP)**

##### *But de la loi*

La loi fédérale règle en premier lieu l'application de l'accord du GATT sur les marchés publics au niveau fédéral. Conformément à l'art. 1 de cette loi, la Confédération entend en outre:

- régler les procédures d'adjudication des marchés publics de fournitures, de services et de construction et en assurer la transparence;
- renforcer la concurrence entre les soumissionnaires;
- favoriser l'utilisation économique des fonds publics;
- garantir l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires.

##### *Obligation d'appel d'offres*

La LFMP prévoit que les marchés publics de fournitures, de services et de construction doivent indistinctement faire l'objet d'un appel d'offres. Une adjudication de gré à gré n'est possible que dans certains cas exceptionnels, par exemple lorsqu'un concours de projets a été organisé en conformité avec l'accord du GATT.

##### *Egalité de traitement des soumissionnaires étrangers*

Pour autant que leur Etat d'origine accorde la réciprocité, les soumissionnaires étrangers bénéficient du même traitement que leurs homologues suisses. Dans ce contexte, il est important que l'UE soit également signataire des accords du GATT. La Confédération doit donc - comme les cantons - garantir aux entreprises de l'UE l'accès aux marchés publics.

#### **Procédure d'adjudication / préqualification**

La LFMP prévoit trois types de procédure. La procédure ouverte permet à chaque soumissionnaire de présenter une offre. Avec la procédure sélective, chaque soumissionnaire peut présenter une demande de participation. Il est ensuite procédé à une préqualification sur la base de laquelle l'adjudicateur détermine les soumissionnaires qui peuvent présenter une offre. La préqualification s'opère sur la base de critères de qualification que l'adjudicateur publie dans l'appel d'offres. Il s'agit en l'occurrence de preuves attestant des capacités du soumissionnaire sur les plans financier, économique et technique. Enfin, il existe - dans des cas exceptionnels - la procédure de gré à gré qui s'applique en particulier lorsqu'un concours de projets a été préalablement organisé.

#### **Concours de projets et concours portant sur les études et la réalisation**

L'art. 13, alinéa 3, de la LFMP prévoit que le Conseil fédéral doit régler la procédure d'organisation des concours de projets et des concours portant sur les études et la réalisation. Ce règlement interviendra dans l'ordonnance d'exécution. L'accord du GATT mentionne certaines exigences minimales pour les concours de projets. Il faut notamment que l'organisation du concours soit conforme aux principes de l'accord du GATT et que l'appréciation des projets déposés incombe à un jury indépendant.

#### **Négociations sur des offres**

Après que les offres ont été déposées, l'adjudicateur du secteur public peut engager des négociations s'il l'a annoncé dans l'appel d'offres ou si aucune offre ne se profile comme étant «la plus avantageuse sur le plan économique». Ces négociations doivent se dérouler se-

lon les principes de la confidentialité, par voie écrite et en respectant l'égalité de traitement (art. 20 LFMP).

#### **Adjudication**

Le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse économiquement. Celle-ci est évaluée en fonction de différents critères, qui figureront par ordre d'importance dans l'appel d'offres, et qui pourront notamment porter sur le délai de livraison, la qualité, le prix, la rentabilité, les coûts d'exploitation, le service après-vente, l'adéquation de la prestation, le caractère esthétique, le caractère écologique et la valeur technique (art. 21, alinéa 1, LFMP). L'adjudication pour des biens largement standardisés peut également se faire selon le critère du prix le plus bas (art. 21, alinéa 3, LFMP).

#### **Obligation de motiver**

Les adjudicateurs du secteur public sont tenus de notifier certaines de leurs décisions arrêtées pendant la procédure d'adjudication, celles-ci étant sujettes à recours. Font par exemple partie de ces décisions: l'appel d'offres, la décision concernant le choix des participants à une procédure de préqualification, l'interruption d'une procédure d'adjudication et, finalement, l'adjudication à l'offre retenue. Toutes ces décisions doivent être motivées, même sommairement. Sur demande, l'adjudicateur doit fournir aux soumissionnaires dont l'offre n'a pas été retenue des renseignements sur les raisons principales du rejet de leur offre. Des renseignements seront également fournis sur les caractéristiques et les avantages décisifs de l'offre choisie. Conformément aux explications accompagnant le projet de loi, ces renseignements doivent permettre au soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue de déposer un recours dûment motivé (!).

Ces obligations de motiver et de renseigner ne sont pas exemptes de chausse-trappes. Le législateur l'a reconnu en limitant l'obligation de fournir des renseignements, lorsque leur divulgation violerait le droit fédéral ou serait contraire à l'intérêt public. L'information peut également être retenue si sa divulgation devait porter préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des soumissionnaires ou nuire à une concurrence loyale entre soumissionnaires. Le principe reste néanmoins applicable: les soumissionnaires ont le droit de se renseigner sur les décisions des adjudicateurs du secteur public et d'exiger qu'elles soient motivées.

#### **Voies de recours**

Les décisions des autorités fédérales d'adjudication peuvent faire l'objet d'un recours auprès d'une commission de recours. Sur demande, cette commission peut accorder un effet suspensif au recours déposé. Si celui-ci n'est pas accordé et que le marché est passé avec un autre soumissionnaire, le recourant – pour autant que son action s'avère fondée – ne peut plus alors prétendre qu'à des dommages-intérêts. Ceux-ci se limitent toutefois aux dépenses engagées par le soumissionnaire en relation avec les procédures d'adjudication et de recours.

#### **Effets des dispositions présentées**

A l'heure actuelle, il est naturellement très difficile de se livrer à une analyse de la libéralisation des marchés publics en Suisse, puisque ses bases juridiques ne sont pas encore en vigueur. Etant donné les différents projets de loi dont il faut tenir compte et en raison de l'absence d'expériences quant à la future législation, on ne peut que spéculer sur les effets qu'aura la libéralisation des marchés publics – et ce, sans tirer de conclusions définitives dans le cadre

du présent article.

#### **Effets généraux**

La libéralisation répond en premier lieu à la nécessité de permettre à des entreprises suisses de bénéficier, par réciprocité et sans discrimination, des marchés publics étrangers. Or c'est là un point à ne pas négliger, lorsqu'on considère les activités exercées à l'étranger par les ingénieurs et les architectes suisses. En outre, le fait que les procédures d'adjudication gagneront en transparence est également un élément positif. Il faut naturellement être conscient que la concurrence sur le marché intérieur va se renforcer. Nous renonçons toutefois à présenter ici les effets éventuels qui pourraient en découler, car nous déborderions alors le cadre qui nous est imparti.

#### **Effets touchant les adjudicateurs du secteur public**

Les adjudicateurs du secteur public sont les premiers concernés par la nouvelle législation. A de nombreux égards, ceux-ci se trouveront confrontés à un (nouveau) défi. En sachant notamment qu'une procédure peut faire l'objet d'un recours dès l'appel d'offres, il est évident que chaque phase du processus devra être préparée avec le plus grand soin, afin d'éviter au maximum les retards désagréables. On peut supposer que l'instance de recours sera plutôt encline à accorder l'effet suspensif dans la phase initiale d'une procédure d'adjudication. Or jusqu'à ce que la décision tombe et qu'un nouvel appel d'offres puisse être préparé et lancé, un temps précieux peut s'écouler.

Les mêmes réflexions s'appliquent au choix des soumissionnaires dans le cadre de la procédure de sélection (préqualification) et de l'adjudication, deux décisions qui doivent être motivées et sur lesquelles des infor-

mations doivent être fournies. Des situations délicates peuvent ici surgir pour les adjudicateurs du secteur public, puisque la transparence de la procédure requise dans l'article premier de la loi – et donc le droit pour un soumissionnaire d'obtenir des renseignements – doivent être soupesés en fonction d'autres intérêts publics et privés, parmi lesquels on mentionnera par exemple le droit d'auteur, le secret commercial et le secret de fabrication. Compte tenu de cette obligation de renseignement et de motivation de la décision, le conseil juridique des adjudicateurs du secteur public devrait donc prendre de l'importance à l'avenir.

En corrélation avec l'adjudication se pose en outre le problème que, mis à part le prix figurant dans l'offre, les autres critères ne sont pas mesurables et pondérables ou ne le sont que très difficilement. Si l'adjudicateur du secteur public n'attribue pas un marché au soumissionnaire dont l'offre est la plus basse après en avoir soupesé objectivement tous les critères, il peut aussitôt s'exposer au reproche de l'arbitraire, de la manipulation ou même de la corruption. L'adjudicateur du secteur public doit donc fortement mettre à contribution ses capacités d'analyse et d'argumentation, s'il entend éviter une politique d'achat à bon marché avec toutes les conséquences qui en découlent. Dans ces circonstances, il est pour ainsi dire comique de constater que l'on réclame pour l'Etat – comme dans les débats parlementaires sur la LFMP – qu'il puisse se comporter comme un privé. Ses multiples obligations légales démontrent de toute évidence qu'il ne le peut justement pas.

#### *Effets touchant les architectes et les ingénieurs*

A l'avenir, les mandats d'architecture et d'ingénierie feront

l'objet d'un appel public d'offres. Pour les architectes et les ingénieurs désireux de travailler pour les pouvoirs publics, il en résulte une situation fondamentalement nouvelle. En effet, la teneur des contrats d'architecture et d'ingénierie, exemples typiques de contrats de prestations, ne se précise souvent qu'au fur et à mesure de l'avancement des études. Or si les rapports avec des mandants privés donnent généralement lieu à des échanges très détaillés avant la signature d'un contrat et afin de bien définir celui-ci, cette phase de négociation sera précisément entravée dans le secteur des marchés publics. Sans trop exagérer, on peut en effet dire que les adjudicateurs du service public devront communiquer par décisions, avec toutes les difficultés que cela suppose pour la compréhension entre les partenaires au mandat. La remarque s'applique du reste à tous les fournisseurs de prestations dans le secteur de la construction, que ceux-ci agissent en qualité de concepteur indépendant ou d'entrepreneur total, car il n'est pas simple, à partir d'un appel d'offres formulé comme une décision légale, de déterminer avec précision les besoins et les exigences du maître d'ouvrage, afin de lui soumettre une offre ferme. Nous trouvons là un problème supplémentaire auquel seront confrontés les adjudicateurs du secteur public: au moment de l'appel d'offres déjà, il devront définir des objectifs clairs et spécifier les prestations attendues de telle sorte que l'architecte ou l'ingénieur puisse soumettre une offre adéquate. Il faut donc garantir non seulement la transparence de la procédure, mais aussi la transparence matérielle de l'appel d'offres. Car il ne faudrait pas oublier que le but final de l'exercice – même normalisé pour l'attribution des marchés publics – demeure la conclusion

d'un contrat. Or, tôt ou tard, un contrat basé sur des malentendus et des confusions aboutira à des conflits et donc des surcoûts. Dans l'intérêt d'un bon usage des fonds publics, il convient donc aussi d'y penser.

Tout ce que nous venons d'exposer est une des faces de la médaille. L'autre concerne les architectes et les ingénieurs qui seront chargés de préparer des procédures de soumission au nom des pouvoirs publics, et qui, à ce titre, devront faire appliquer les nouvelles dispositions légales. *Mutatis mutandis*, l'ensemble de nos considérations concernant les adjudicateurs du secteur public s'adresse donc également à ces professionnels.

#### **Remarques finales**

A maints égards et dans son principe, la réforme des marchés publics en Suisse doit être considérée comme positive. Il serait toutefois faux de s'attendre à ce que la mise en oeuvre de la nouvelle législation s'effectue sans accroc. Des problèmes sont prévisibles et se dessinent déjà dans la pratique. Aux adjudicateurs du secteur public, la nouvelle législation pose en effet des exigences auxquelles ils ne sont que partiellement préparés. Quitte à passer pour un tenant du protectionnisme, il faut oser le dire; sans par ailleurs omettre que les difficultés évoquées se manifesteront également, si le nombre des soumissionnaires étrangers devait augmenter. C'est en tous cas ce que nous enseignent les contacts avec les représentants de la branche à l'étranger, qui se trouvent confrontés aux mêmes problèmes. Une chose est sûre en l'occurrence – et cela ne changera pas: la Suisse ne constitue pas un cas particulier, et il faudra à l'avenir accorder davantage d'attention aux différentes questions spécifiques qui se poseront dans ce domaine de l'attribution des marchés publics.