



Article
scientifique

Commentaire

2001

Published
version

Open
Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Le droit applicable aux marchés publics

Bellanger, François

How to cite

BELLANGER, François. Le droit applicable aux marchés publics. In: Revue de droit administratif et de droit fiscal. Partie 1, Droit administratif, 2001, vol. 57, n° 4, p. 367–385.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:41865>

Le droit applicable aux marchés publics

Par François Bellanger,
Professeur à l'Université de Genève, avocat

I. Introduction

La question du droit applicable aux marchés publics est souvent perçue comme complexe en raison de la multitude des textes légaux pouvant entrer en ligne de compte dans ce domaine, tant au plan fédéral que cantonal. De plus, la délimitation du champ d'application des différentes législations est parfois malaisée en raison de l'utilisation de multiples critères aux contours souvent incertains.

Nous allons présenter le droit applicable aux marchés publics dans une double perspective: les rapports entre les législations et le champ d'application des différentes réglementations¹.

Après avoir rappelé la portée de l'accord du GATT/OMC sur les marchés publics (II.), nous examinerons la législation concernant les marchés publics de la Confédération (III.). Nous terminerons par une présentation des normes en vigueur dans les cantons, en nous référant plus particulièrement à l'exemple du canton de Genève (IV.).

II. L'ACCORD DU GATT/OMC SUR LES MARCHES PUBLICS

A. La portée de l'AMP

L'Accord du GATT/OMC sur les marchés publics², conclu à Marrakech le 15 avril 1994, a été ratifié par la Suisse le 19 décembre 1995 et est entré en vigueur dans notre pays le 1^{er} janvier 1996³. A cette date, cet accord, généralement désigné comme l'AMP, liait les pays suivants: la Belgique, le Canada, la Corée du Sud, l'Espagne, les Etats-Unis, la Finlande, la France, Israël, le Japon, la Norvège, la Suède, la

¹ Nous ne traiterons pas des règles sur les marchés publics contenues dans des réglementations spéciales, notamment la loi fédérale du 8 mars 1960 sur les routes nationales (RS 725.11) et l'Arrêté fédéral du 4 octobre 1991 relatif à la construction de la ligne ferroviaire suisse à travers les Alpes (RS 742.104).

² RS 0. 632.231.42.

³ RO 1996, p. 609.

Suisse, de même que l'Union européenne⁴. Par un arrêté fédéral⁵, entré en vigueur le 15 juin 1997, l'Assemblée fédérale a autorisé, pendant une durée de dix ans, dans les limites des engagements consignés dans la liste d'engagements de la Suisse, le Conseil fédéral à approuver l'accession de nouveaux membres à l'AMP et à approuver l'extension du champ d'application de cet Accord. Le gouvernement n'a pour l'instant pas fait usage de cette compétence.

En tant que traité international, l'AMP a une validité immédiate dans l'ordre juridique suisse dès son entrée en vigueur⁶. Il déploie ses effets dans la mesure où il appartient au droit fédéral. En particulier, les normes de droit cantonal et les décisions des autorités cantonales ou communales doivent respecter les principes fixés dans cet accord international dans la mesure où elles s'appliquent à un marché entrant dans son champ d'application⁷.

Avant d'examiner la notion de marché et la définition du champ d'application de l'AMP, il convient de rappeler que la question de l'applicabilité directe de certaines dispositions de l'AMP a été régulièrement soulevée.

Par exemple, dans le Message du 19 septembre 1994 relatif aux modifications à apporter au droit fédéral dans la perspective de la ratification des accords du GATT/OMC (Cycle d'Uruguay), Message 2 GATT, dans la partie concernant les marchés publics⁸, le Conseil fédéral a précisé que cet accord «*comporte aussi bien des dispositions applicables détaillées (concernant p. ex. le contenu d'un appel d'offre) que des principes devant être concrétisés (p. ex. l'aménagement de la procédure de recours)*»⁹. La Loi fédérale sur les marchés publics¹⁰ a ainsi «*intégré les principes élémentaires de l'Accord GATT tout en répétant certaines dispositions directement applicables*»¹¹.

Les dispositions directement applicables d'un traité international, dites *self executing*, peuvent s'appliquer directement en Suisse sans qu'il soit nécessaire d'adopter des dispositions d'exécution, car leurs

⁴ RO 1996, p. 640.

⁵ RS 172.056.2.

⁶ C. WILHELM, *Introduction et force obligatoire des traités internationaux dans l'ordre juridique suisse*, Thèse, Zurich 1993, pp. 89 ss.; O. RODONDI, «Le droit cantonal des marchés publics – Les premières expériences», RDAF 1999 I 265/269.

⁷ En général sur cette question, voir J.-F. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel 1967/1982, ch. 635 ss.; U. HÄFELIN et W. HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 4^e éd. avec le supplément 2000, Zurich 1998/2000, ch. 365 ss.

⁸ Feuille fédérale, 1994/IV, pp. 995/1193 ss.

⁹ Feuille fédérale, 1994/IV, p. 1214.

¹⁰ RS 172.056.1; ci-après «LMP».

¹¹ Feuille fédérale, 1994/IV, p. 1214.

clauses sont suffisamment précises pour être immédiatement applicables dans une procédure¹². Dans un tel cas, selon le Tribunal fédéral, un *«particulier pourra invoquer un traité devant l'administration et les tribunaux, si celui-ci pose des règles de droit suffisamment précises pour s'appliquer comme telles dans un cas d'espèce et constituer le fondement d'une décision concrète, la majeure du syllogisme juridique dont la décision sera la conclusion»*¹³.

En l'occurrence, l'examen des dispositions de l'AMP montre que certaines d'entre elles ont un degré de précision permettant une application indépendamment d'un acte cantonal de transposition.

Par exemple, selon l'article VII, § 2, AMP, les entités adjudicatrices ne doivent *«pas donner à un fournisseur des informations concernant un marché déterminé d'une manière qui aurait pour effet d'empêcher la concurrence»*. Une telle interdiction, qui concrétise le principe fondamental d'égalité de traitement des soumissionnaires¹⁴, est, à notre avis, suffisamment précise pour être directement appliquée dans une procédure de passation d'un marché public.

De même, selon l'article IX, § 1 et 2, AMP, l'invitation à soumissionner doit prendre la forme d'un avis de projet de marché contenant au moins les indications prévues à l'article IX, § 6, AMP. A nouveau, le texte du traité est extrêmement précis et nous paraît pouvoir être directement appliqué. Une réglementation d'application n'est pas nécessaire, sauf pour prévoir des exigences supplémentaires destinées à augmenter le nombre d'indications requises. Dans ce sens, il est significatif que les éléments figurant à l'article IX, § 6, AMP sont expressément repris, comme des indications minimales¹⁵, dans l'avis de marché figurant en annexe 4 de l'Ordonnance sur les marchés publics¹⁶, même si la formulation est parfois différente.

Enfin, l'article XII, § 2, AMP prévoit de manière très précise les renseignements qui doivent figurer dans la documentation relative à l'appel d'offre. Ces éléments sont d'ailleurs repris dans l'avis de marché figurant en annexe 5 de l'OMP.

¹² Voir, par exemple, l'ATF du 25 août 1993 en la cause X., dans SJ 1994, p. 113, déclarant *self executing* l'art. 32, par. 1, litt. e, de la Convention OIT 128 et l'art. 68 litt. f du Code européen de sécurité sociale. Voir également la nombreuse jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'art. 6 CEDH et, notamment, l'ATF 119/1993 Ia 88/98, *La Genevoise, compagnie d'assurances sur la vie*, ainsi que l'ATF 119/1993 Ia 321/329, *ss D. et consorts*.

¹³ ATF 98/1972 Ib 385/387, *Banque de Crédit international*.

¹⁴ P. GALLI, D. LEHMANN et P. RECHSTEINER, *Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz*, Zurich 1996, p. 89-90.

¹⁵ P. GALLI, D. LEHMANN et P. RECHSTEINER, précité note 14, p. 90.

¹⁶ Ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (RS 172.056.11; ci-après «OMP»).

Ces dispositions nous paraissent d'un degré de précision suffisant pour être appliquées directement, même en l'absence de dispositions cantonales ou intercantionales d'exécution. Toutefois, le Tribunal fédéral n'a pas encore eu à examiner cette question, qui reste ouverte.

En toute hypothèse, l'AMP, par l'intermédiaire des textes fédéraux ou cantonaux qui le concrétisent, ou avec des dispositions directement applicables, ne concerne que certains marchés publics d'importance. Il convient donc de délimiter son champ d'application après avoir précisé la notion de «marché public».

B. La notion de «marché public»

L'article I, ch. 2, AMP définit les marchés pouvant entrer dans le champ de l'Accord comme ceux *«passés par tout moyen contractuel, y compris sous forme d'achat ou sous forme de crédit-bail, location ou location-vente, avec ou sans option d'achat, comprenant toute combinaison, quelle qu'elle soit, de produit ou de service»*. Un tel marché est qualifié de «public» lorsque le pouvoir adjudicateur est une collectivité publique (la Confédération, un canton ou une commune) ou une entité décentralisée exécutant des tâches publiques.

Les articles 5 LMP et 6 de l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics¹⁷ ont une teneur similaire.

L'AMP adopte ainsi une approche extrêmement large du concept de «marché public», qui est défini uniquement par deux éléments: la conclusion d'un acte de nature contractuelle par une autorité étatique et la fourniture de produits ou de services. Afin de garantir un fonctionnement aussi transparent et concurrentiel que possible dans ce domaine, l'AMP a opté pour une définition excluant l'élément de contre-prestation à la charge de l'Etat. La question de la valeur du marché n'intervient qu'au stade suivant de la réflexion pour déterminer quelle réglementation est applicable en fonction du système des valeurs seuils. Dans cette perspective, l'article II, ch. 2, AMP exige que l'évaluation du marché tienne compte *«de toutes les formes de rémunération»*.

En conséquence, l'AMP va viser toutes les formes d'acquisition de fournitures ou de services par une autorité publique pour autant que cette acquisition entre dans son champ d'application.

Le Tribunal fédéral a cependant retenu une définition restrictive des «marchés publics» dans un arrêt concernant le marché de l'affichage public à Genève. Selon cet arrêt, pour qu'il y ait un tel marché, l'Etat

¹⁷ RS 172.056.4; ci-après «AIMP».

doit acquérir auprès d'une entreprise privée les moyens nécessaires à l'exécution de ses tâches moyennant le paiement d'un prix¹⁸. Cette approche, qui se fonde sur une vision passéiste du droit des marchés publics, lie l'existence d'un marché à la réunion de deux éléments: un flux financier de l'Etat vers une entreprise privée et l'existence d'une tâche publique. Or, les textes conventionnels et légaux imposent une perspective beaucoup plus large¹⁹.

C. Le champ d'application de l'AMP

Selon son article I, § 1, l'AMP a un champ d'application étendu. Il s'applique *«à toute loi, tout règlement, ainsi qu'à toute procédure ou pratique concernant tout marché passé par les entités visées par le présent accord, telles qu'elles sont spécifiées à l'Appendice I»*.

Cet Appendice I, propre à chaque partie contractante, contient dans cinq annexes, l'offre finale du pays en cause dans le cadre de l'Accord. Ces annexes tiennent compte de trois critères déterminants: le type de marché en cause (travaux publics, fournitures ou services) (1.), la nature de l'entité adjudicatrice (2.) et la valeur seuil du marché (3.).

1) Le type de marché en cause

a) Les marchés couverts

Les annexes 1 et 2 de l'Appendice I excluent du régime ordinaire de l'Accord les marchés passés par des entités visées par celles-ci et portant sur des activités dans les secteurs de l'eau potable, de l'énergie, des transports ou des télécommunications. Ces marchés sont couverts exclusivement par l'annexe 3 qui institue un régime particulier. Nous distinguerons donc les marchés ordinaires des marchés dans les secteurs exclus.

i. Les marchés ordinaires

Un marché est assujéti à l'AMP s'il porte sur des achats de fournitures ou des prestations de services ou de services de constructions visés par l'Appendice I du traité.

Toute acquisition de fournitures, soit d'objets mobiliers ou de droits immatériels, par un pouvoir adjudicateur, est soumise à l'AMP. Les

¹⁸ ATF 125/1999 I 209/214, *JC Decaux Mobilier Urbain Genève SA et Decaux SA*.

¹⁹ F. BELLANGER et C. BOVET, «Marché de l'affichage public ou marché public de l'affichage», BR/DC 4/1999 pp. 164-165.

cinq annexes de l'Appendice ne contiennent aucune limitation quant au type de fournitures.

En revanche, pour les achats de services, la situation légale est différente.

D'une part, l'Appendice I distingue les services ordinaires des services de construction. Ces derniers correspondent à la notion traditionnelle de travaux publics et incluent toutes les prestations de services liés aux travaux de construction, comme par exemple les services d'ingénierie.

D'autre part, les annexes 4 et 5 contiennent une liste limitative des services ordinaires et des services de constructions visés par l'AMP. Ces deux annexes déterminent l'étendue de l'offre de la Suisse en matière de marchés de services. Elles établissent une liste des services couverts avec pour chaque type de service la mention du numéro de référence de la catégorie de service en cause dans la classification internationale des produits ou CPC.

La CPC est une classification complète des biens et services élaborée en 1973 et révisée une première fois en 1989 par la Commission statistique du Conseil économique et social des Nations Unies²⁰. Elle est destinée à fournir un cadre général de comparaison au plan international entre les différents types de produits et de services. La partie «Services» de la CPC a été modifiée en 1998. La nouvelle version de la CPC s'intitule désormais «Classification centrale de Produits – Version 1.0»²¹. Cette révision a entraîné une modification de la numérotation des catégories, dans la mesure où les sections 6 et 7 ont fusionné. Les deux versions de la CPC correspondent à la Classification internationale type, par industrie, de toutes les branches d'activité économique²².

La CPC est essentielle pour apprécier la portée de l'AMP. Toutefois, son texte n'est pas reproduit dans la documentation officielle de la Confédération. Il faut consulter la version provisoire et la version 1.0 de la CPC sur le site internet de la Commission statistique des Nations Unies²³.

L'AMP se réfère à la CPC provisoire, qui était en vigueur au moment de l'adoption de cet accord et qui est désormais remplacée par la CPC V 1.0. Toutefois, à défaut d'un amendement de l'AMP par les parties contractantes, la CPC provisoire reste applicable aux services

²⁰ Cette version de la CPC est désignée comme la «Classification centrale de produits (CPC) provisoire», ci-après «CPC V 1.0».

²¹ Documents de la Commission statistique des Nations Unies, F.98.XVII.5.

²² Documents de la Commission statistique des Nations Unies, F.90.XVII.11.

²³ L'adresse est: <http://esa.un.org/unsd/cr/registry/regct.asp>.

concernés. Elle peut néanmoins être interprétée à la lumière de la version 1.0 qui l'a actualisée²⁴.

En outre, l'Appendice I, annexe 4, contient cinq exceptions qui excluent certains marchés de services du champ d'application de l'AMP bien qu'ils entrent dans une des catégories de services énoncées dans la liste figurant dans cette annexe.

En premier lieu, l'exception visée sous le ch. 1 des notes relatives à l'annexe 4 concerne les marchés attribués à des entités qui sont elles-mêmes des pouvoirs adjudicateurs²⁵. Sont de telles entités les administrations et organismes visés aux annexes 1 à 3 de l'Appendice I de l'AMP. Selon le Tribunal administratif du canton de Vaud, la législation sur les marchés publics ne s'applique ainsi pas à une délégation intervenant à l'intérieur du cercle des pouvoirs adjudicateurs. Elle ne déploie ses effets que si un pouvoir adjudicateur entend recourir au secteur privé pour l'acquisition de biens ou de services²⁶.

En deuxième lieu, le chiffre 2 des notes relatives à l'annexe 4 prévoit que l'AMP ne s'applique pas aux marchés de services qu'une entité adjudicatrice passe auprès d'une entreprise qui lui est liée, pour autant que 80% au moins du chiffre d'affaires moyen réalisé par cette entreprise au cours des trois dernières années provienne de la fourniture de services aux entités de droit public auxquelles elle est liée. Cette disposition couvre les cas où un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs décident de mettre leurs ressources en commun dans une société privée qu'ils contrôlent. Dans ce cas, cette dernière a pour fonction prépondérante de leur fournir des prestations.

En troisième lieu, sont exclus du champ d'application les marchés de service ayant pour objet l'acquisition ou la location, qu'elles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments, d'autres biens immeubles ou d'autres droits sur de tels immeubles (Appendice I, annexe 4, ch. 3).

En quatrième lieu, le chiffre 4 de l'annexe 4 exclut également le marché de l'emploi du champ d'application des règles sur les marchés publics.

Enfin, les marchés relatifs au développement ou la production de programmes par des organismes de radiodiffusion comme ceux concer-

²⁴ F. BELLANGER, «La classification des services soumis à l'AMP», BR/DC 4/2000, pp. 123-124.

²⁵ Voir, *infra*, le point 2.

²⁶ Tribunal administratif du canton de Vaud, arrêt du 2 juillet 1999 dans la cause C. et L., consid. 2.

nant les temps de diffusion ne sont pas couverts par l'annexe (Appendice I, annexe 4, ch. 5).

ii. Les marchés dans les secteurs exclus

L'annexe 3 de l'Appendice contient une réglementation spécifique pour les marchés dans les secteurs de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable, d'électricité ainsi que des transports publics, des aéroports et des ports intérieurs. Dans chacun de ces domaines, l'annexe définit de manière exhaustive les entités soumises à la réglementation sur les marchés publics et précise certains types de marchés qui ne sont pas couverts même s'ils sont passés par ces entités.

2) La nature de l'entité adjudicatrice

Les annexes 1 à 3 de l'AMP distinguent trois types de pouvoir adjudicateur.

L'annexe 1 vise la Confédération, y compris les administrations fédérales décentralisées. La liste des entités décentralisées est exhaustive. Elle ne tient pas compte de la réforme de l'administration fédérale entraînant la création de nouvelles entités décentralisées comme l'Institut fédéral de la Propriété intellectuelle, qui est chargé de la gestion des droits de propriété intellectuelle à la place de l'ancien Office fédéral de la propriété intellectuelle²⁷. Compte tenu du but poursuivi par les normes sur les marchés publics, il aurait été préférable d'interpréter de manière souple la liste figurant à l'annexe 1 afin d'y inclure les entités de droit public créées par la Confédération après la signature de l'AMP.

L'annexe 2 s'applique aux «Entités des gouvernements sous-centraux qui passent des marchés conformément aux dispositions» de l'AMP. Elle vise les autorités publiques cantonales ainsi que les «organismes de droit public établis au niveau cantonal n'ayant pas un caractère commercial ou industriel». Elle concerne donc uniquement des entités de droit public cantonal. L'interprétation coordonnée des annexes comme des autres dispositions de l'AMP ou de l'AIMP se référant à la notion de «pouvoir adjudicateur» exclut à notre avis d'assimiler une société privée, même détenue à 100% par des organismes publics, à une entité de droit public. Les textes légaux opèrent une distinction stricte entre les entités de droit public, soumises automatiquement à la législation, et les sociétés privées qui n'entrent dans le champ

²⁷ Article 1 de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur le statut et les tâches de l'Institut fédéral de la Propriété intellectuelle (LIPI, RS 172.010.31).

d'application des règles sur les marchés publics que dans des circonstances particulières²⁸.

En l'état actuel du droit, les communes ne sont pas comprises dans les organismes de droit public visés par cette annexe²⁹. Leur inclusion dans le champ de l'accord fait l'objet de l'un des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne³⁰.

L'annexe 3 concerne les entités de droit public ou de droit privé contrôlées par les pouvoirs publics dans les domaines de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable ou d'électricité ainsi que de l'exploitation de réseaux de services publics de transports par chemin de fer, par bus ou par des moyens analogues. Les pouvoirs adjudicateurs fédéraux ou cantonaux qui interviennent dans un domaine visé par l'annexe 3 sont soumis aux règles contenues dans cette dernière.

3) La valeur seuil du marché

Seuls les marchés publics dépassant les valeurs seuils fixées en fonction du type de pouvoir adjudicateur et de la nature des produits ou des services sont soumis à l'AMP (article I, § 4). La valeur doit être estimée pour chaque marché en fonction de toutes les formes de rémunération que le prestataire de service doit recevoir, conformément à l'article II AMP³¹.

Le tableau ci-après résume les valeurs seuils en fonction de ces entités:

<i>Entités / Type de marché</i>	<i>Confédération (annexe 1)</i>	<i>Cantons (annexe 2)</i>	<i>Autres entités (annexe 3)</i>
Fournitures	248 950.—	383 000.—	766 000.—
Services	248 950.—	383 000.—	766 000.—
Construction	9 575 000.—	9 575 000.—	9 575 000.—

²⁸ Voir l'annexe 3.

²⁹ Message du Conseil fédéral du 19 septembre 1994 relatif à l'approbation des accords GATT/OMC (Cycle d'Uruguay), Message 1 GATT, Partie relative à l'AMP, Feuille fédérale, 1994/IV, pp. 342/356. Voir également C. Bock, «Das WTO – Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen und seine Umsetzung ins schweizerische Submissionsrecht», *AJP* 6/1995, pp. 709/712.

³⁰ Message 1 GATT, précité note 29, p. 347.

³¹ Voir par exemple pour un marché de services d'assurance: D. ESSEIVA, «Contrat d'assurance», *BR/DC* 4/2000, p. 121.

III. LE DROIT APPLICABLE AUX MARCHÉS PUBLICS FÉDÉRAUX

La LMP a pour but de concrétiser l'AMP pour les marchés publics fédéraux. Dans cet objectif, elle entend régler les procédures d'adjudication des marchés publics de fournitures, de services et de construction en garantissant leur transparence et en renforçant la concurrence entre les soumissionnaires (article 1)³².

Sa mise en œuvre (A.) dépend de la réalisation de quatre critères: la nature du pouvoir adjudicateur (1.), le type de marché (2), les valeurs seuils (3.) et l'origine du soumissionnaire (4.). La réponse à ces quatre questions a un impact important sur l'effet de la LMP sur les droits des soumissionnaires.

A. La mise en œuvre de la LMP

1) La nature du pouvoir adjudicateur

Selon son article 2, alinéa 1, la LMP s'applique aux marchés passés par l'administration générale de la Confédération, la Régie fédérale des alcools, les écoles polytechniques fédérales et leurs établissements de recherche ainsi que les services postaux et les services des automobiles de la Poste suisse pour les marchés qu'ils passent dans le cadre de l'activité qu'ils exercent en Suisse dans le domaine du transport de personnes, pour autant que leurs activités ne concurrencent pas celles de tiers non soumis à l'Accord GATT. Cette définition reprend très exactement le contenu exhaustif de l'annexe 1 de l'Appendice I de l'AMP.

L'article 2, alinéa 2, LMP délègue au Conseil fédéral la compétence de désigner les organisations de droit public ou de droit privé opérant en Suisse dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications qui sont visés par l'annexe 3 de l'Appendice I de l'AMP. Selon l'article 2 OMP, sont uniquement soumis à l'ordonnance les autres services de la Poste pour lesquels cet établissement public dispose d'un droit spécial et exclusif ainsi que les Chemins de fer fédéraux³³.

Le Conseil fédéral a enfin la compétence de déclarer tout ou partie de la LMP applicable à d'autres marchés et, par voie de conséquence, à d'autres entités de droit public. Toutefois, dans ce cas, tout recours

³² M. MERZ et G. SCHMID, «Rechtsgrundlagen des öffentlichen Beschaffungswesens», ZBL 1998, p. 49/50-51.

³³ Voir MERZ/SCHMID, précité note 32, p. 49 ss et JAAC 64.61, qui excluent de la LMP les marchés des CFF.

contre les décisions prises par les autorités adjudicatrices est exclu³⁴. L'article 1, litt. b, OMP déclare cette ordonnance applicable à tous les marchés de la Confédération non soumis à la LMP. En conséquence, pour toutes les entités de droit public créées par la Confédération depuis la signature de l'AMP, ce traité est inapplicable et les marchés publics ne font l'objet d'aucun contrôle judiciaire.

2) La nature du marché

Sont en principe couverts par la LMP tous les marchés de fournitures, soit tous les contrats concernant l'acquisition³⁵ de biens mobiliers, notamment sous forme d'achat, de crédit-bail (leasing), de bail à loyer, de bail à ferme ou de location-vente, ainsi que tous les marchés portant sur des services définis aux annexes 4 et 5 de l'Appendice I de l'AMP (article 5 LMP)³⁶.

Il convient ensuite de vérifier que le marché en cause n'entre pas dans la liste des exceptions contenues à l'article 3 LMP, qui concernent notamment les marchés passés avec des institutions pour handicapés, des œuvres de bienfaisance ou des établissements pénitentiaires (litt. a), les marchés passés dans le cadre de programmes agricoles ou d'aide alimentaire (litt. b), les marchés passés avec une organisation internationale sur la base d'une procédure spéciale (litt. d) ou les marchés d'acquisition d'armes, de munitions ou de matériel de guerre et de réalisation d'infrastructures de combat et de commandement pour la défense générale et l'armée (litt. e)³⁷.

³⁴ Voir, *infra*, le point B.

³⁵ Est controversée la question de savoir si les règles sur les marchés publics entrent en ligne de compte lorsque l'Etat agit non pas comme un «consommateur» de prestations mais comme «vendeur» de celles-ci. Le Tribunal fédéral a répondu par la négative dans le cas de l'octroi d'une concession d'affichage public (ATF 125/1999 I 209, *JC Decaux Mobilier Urbain Genève SA et Decaux SA*), la Commission de recours en matière de marchés publics a répondu par l'affirmative s'agissant de la délégation à un privé de l'accomplissement d'une tâche publique (RDAF 2000 I 181).

³⁶ En cas de contrat comportant tant de prestations de fournitures que des prestations de services, il faut examiner la valeur de chacune des prestations; la plus élevée détermine, d'une manière globale, la nature du marché: RDAF 1999 I 37/41. Une démarche identique est adoptée lorsque les services visés ne sont que partiellement assujettis au droit des marchés publics (mandat de direction de travaux, soumis au droit des marchés publics, prestations juridiques, non soumises): le marché est globalement soumis au droit des marchés publics si les honoraires d'architectes correspondant à la direction des travaux sont plus élevés que ceux relatifs aux prestations juridiques; à l'inverse, le marché sera totalement soustrait aux règles sur les marchés publics: D. ESSEIVA, «Marchés publics – Mosaïque», *BR/DC* 2/2000, p. 53.

³⁷ Ad alinéas 1 et 2 de l'article 3 LMP: JAAC 64.8.

3) Les valeurs seuils

Les valeurs seuils sont fixées à l'article 6 LMP en fonction du type de marché et sont régulièrement adaptées par le Conseil fédéral³⁸. Elles s'élèvent à:

- Fr. 248 950.– pour les fournitures;
- Fr. 248 950.– pour les services;
- Fr. 9,575 millions pour les ouvrages;
- Fr. 766 000.– pour les fournitures et les services qui se rapportent à un adjudicateur de droit public ou de droit privé opérant en Suisse dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications et pour les marchés que les services des automobiles de La Poste suisse passent dans le cadre de l'activité qu'ils exercent en Suisse dans le domaine du transport de personnes.

4) L'origine du soumissionnaire

L'article 4 LMP soumet l'application de la loi à l'origine du soumissionnaire. Tous les soumissionnaires suisses entrent dans le champ d'application de la LMP. En revanche, pour les soumissionnaires étrangers, la mise en œuvre des normes dépend des engagements internationaux de la Suisse. La loi ne s'appliquera ainsi qu'aux soumissionnaires étrangers provenant des Etats signataires de l'AMP, dans la mesure où ces Etats accordent la réciprocité ainsi que d'autres Etats, pour autant que la Suisse ait conclu avec eux des accords contractuels ou que le Conseil fédéral ait constaté que ces pays garantissent l'égalité de traitement aux soumissionnaires suisses.

B. L'effet de la LMP

Si un marché entre dans le champ d'application de la LMP, toutes les dispositions de la loi et de son ordonnance d'exécution s'appliquent. En conséquence, non seulement les soumissionnaires bénéficient de garanties de transparence et de non-discrimination, mais ils bénéficient également d'une voie de recours auprès de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (article 28 LMP). Ils disposent de la sorte d'un moyen de faire contrôler la légalité des principales étapes de la procédure et notamment de la décision d'adjudication (article 29 LMP).

³⁸ Ordonnance du 8 novembre 2000 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour l'année 2001, RS 172.056.12.

En revanche, si un marché n'est pas visé par la LMP, seule l'OMP s'appliquera à celui-ci conformément aux articles 2, alinéa 3, LMP et 1, lettre b, OMP³⁹. Dans ce cas, les soumissionnaires suisses, et éventuellement certains soumissionnaires étrangers dans les limites de l'article 2, alinéa 3, LMP, peuvent participer à un marché dans des conditions de transparence et de non-discrimination. Ils ne disposent toutefois d'aucune voie de recours pour contester les décisions du pouvoir adjudicateur.

IV. LE DROIT APPLICABLE AUX MARCHÉS PUBLICS CANTONAUX

Les marchés publics cantonaux sont régis par deux groupes de règles.

En premier lieu, afin de transposer les règles fixées par l'AMP, d'harmoniser les règles cantonales et de supprimer les obstacles intercantonaux en matière de marchés publics, les cantons ont adopté le 25 novembre 1994 un Accord intercantonal sur les marchés publics⁴⁰. Cet Accord lie à l'heure actuelle tous les cantons⁴¹. Il est concrétisé par des règles cantonales.

En second lieu, la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur⁴² s'applique sur l'ensemble du territoire de la Confédération et comprend deux dispositions sur les marchés publics qui complètent l'arsenal des textes légaux internationaux, intercantonaux et cantonaux: l'article 5 LMI relatif aux marchés publics cantonaux et communaux et l'article 9 LMI sur le contentieux concernant ces marchés.

Examinons successivement la portée de ces deux groupes de normes à la lumière du droit applicable dans le canton de Genève.

A. L'accord intercantonal sur les marchés publics

Le canton de Genève a adopté le 12 juin 1997 une loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'AIMP⁴³. Cet accord est entrée en vigueur à Genève le 9 décembre 1997 suite à la publication de l'adhésion du canton de Genève dans le Recueil officiel des lois fédérales⁴⁴.

³⁹ E. CLERC, *L'ouverture des marchés publics: effectivité et protection juridique*, Fribourg 1997, pp. 415-416; M. MERZ et G. SCHMID, précité note 32, pp. 52-53.

⁴⁰ RS 172.056.4; ci-après «AIMP».

⁴¹ RO 2000, p.1015.

⁴² RS 943.02; ci-après «LMI».

⁴³ RS /Ge L 6 05.0; ci-après «LAIMP».

⁴⁴ RO 1997, p. 2494.

Le champ d'application de l'AIMP dépend de quatre critères: le type de marché, sa valeur seuil, la nature du pouvoir adjudicateur et le domicile ou siège du soumissionnaire⁴⁵.

L'AIMP s'applique aux marchés de travaux publics, de services et de fournitures, tels que définis aux appendices de l'AMP (article 6, alinéa 1, AIMP). Par exemple, pour un marché de services, la valeur seuil pour le marché en cause est de Fr. 383 000.— selon l'article 7, alinéa 1, lettre b, AIMP.

Sont considérées comme entités adjudicatrices soumises à l'AIMP, le canton de Genève, soit l'administration cantonale centralisée et décentralisée, ainsi que les communes dans leurs rapports avec les cantons et les Etats signataires de l'AMP qui leur accordent la réciprocité (article 8, alinéa 1, litt. a & b, AIMP)⁴⁶. Une personne privée est également considérée comme un pouvoir adjudicateur soumis à l'AIMP si le marché en cause est subventionné à plus de 50% par un pouvoir adjudicateur cantonal ou la Confédération (article 8, alinéa 2, AIMP).

L'AIMP s'applique ainsi aux marchés de service ordinaires et de construction, tels que définis à l'appendice I, annexes 4 et 5 de l'AMP (article 6, alinéa 1, AIMP), pour autant qu'ils dépassent les valeurs seuils fixées par l'AMP⁴⁷.

Enfin, le soumissionnaire doit être domicilié ou avoir son siège notamment dans un canton partie à l'accord ou dans un Etat signataire de l'AMP, sous réserve de réciprocité (article 9, litt. a & b, AIMP).

L'AIMP ne fixe pas le détail des règles applicables aux procédures de marché public. Il se limite, soit à renvoyer aux règles de l'AMP (article 12, alinéa 2, AIMP), soit à fixer des principes impératifs pour les cantons, comme par exemple la non-discrimination et l'égalité de traitement de chaque soumissionnaire ou l'obligation de prévoir une voie de recours contre les décisions de l'adjudicateur. En conséquence, dans les cantons, l'AIMP doit être concrétisé par des textes cantonaux d'exécution.

Conformément à l'article 4 de l'AIMP, le Conseil d'Etat genevois a adopté deux règlements: d'une part, le Règlement du 19 novembre 1997 sur la passation des marchés publics en matière de construction⁴⁸, qui s'applique aux marchés publics de construction et aux services liés

⁴⁵ Pour ce qui est de l'interprétation des règles contenues dans l'AIMP, le Tribunal fédéral a admis que les textes de l'AMP et de la LMP peuvent fournir des éléments d'argumentation: ATF 125/1999 II 86/99, *Groupelement G2IR3*.

⁴⁶ A. GADOLA, «Rechtsschutz und andere Formen der Überwachung der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen», *AJP* 8/1996, pp. 967/974.

⁴⁷ O. RODONDI, précité note 6, p. 272.

⁴⁸ RS /Ge L 6 05.01; ci-après «RMTP».

à ces marchés; d'autre part le Règlement du 23 août 1999 sur la passation des marchés publics en matière de fournitures et de services⁴⁹. Ce dernier règlement est entré en vigueur le 28 août 1999 et s'applique uniquement aux marchés de services soumis à l'AIMP. Selon son article 1, le RMFS concerne tous les services figurant sur la liste de l'annexe 1 RMFS, qui est limitative et reprend le contenu de l'Appendice I, section 4, de l'AMP.

B. La loi fédérale sur le marché intérieur

La LMI est entrée partiellement en vigueur le 1^{er} juillet 1996.

Selon son article 1, cette loi *«garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse, l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse»*. Elle s'applique donc sur l'ensemble du territoire de la Confédération et règle en principe les relations intercantionales.

Elle comprend deux dispositions sur les marchés publics qui complètent l'arsenal des textes légaux internationaux, intercantonaux et cantonaux: l'article 5 LMI relatif aux marchés publics cantonaux et communaux et l'article 9 LMI sur le contentieux de ces marchés.

L'article 5, alinéa 1, LMI précise que les marchés publics des cantons et des communes⁵⁰ sont régis par le droit intercantonal ou cantonal pour autant que ce dernier ne soit pas discriminatoire.

Par ailleurs, l'article 5, alinéa 2, première phrase, LMI impose aux cantons et aux communes de veiller *«à ce que les projets de marchés publics de grande importance portant sur des fournitures, des services ou des travaux, de même que les critères de participation et d'attribution du marché, soient publiés dans un organe officiel»*. L'article 5, alinéa 2, deuxième phrase, LMI précise que les cantons et les communes doivent tenir compte à cet égard des engagements internationaux de la Suisse, soit en particulier l'AMP.

La présence d'une telle disposition légale dans la LMI peut surprendre dans la mesure où la question des marchés publics fait déjà l'objet d'une réglementation, au niveau international pour la Confédération et les cantons (l'AMP), et au niveau intercantonal pour les cantons et les communes (l'AIMP).

La question de l'utilité de l'article 5 LMI a d'ailleurs été débattue à

⁴⁹ RS/Ge L 6 05.03; ci-après «RMFS».

⁵⁰ Message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur le marché intérieur, Feuille fédérale, 1995/I, pp. 1193/1231.

plusieurs reprises lors des discussions devant les Chambres du projet de loi fédérale. D'aucuns ont prétendu que l'AIMP, actuellement soumis à l'approbation des cantons, recouvrirait toute la matière de la LMI, rendant dès lors cette dernière inutile. Ces critiques infondées ont été écartées par le législateur qui a rappelé que le champ d'application de l'AIMP ne recouvre pas celui – plus large – de la LMI:

- L'AMP n'est applicable qu'en dessus des seuils du GATT, soit en matière de services, en dessus de Fr. 383 000.—^{51/52}.
- Cet accord ne concerne que les cantons; les communes ne sont visées qu'à la condition qu'elles parviennent à s'accorder sur la question de la réciprocité⁵³.

Dès lors, la LMI conserve bien une portée propre, distincte d'une éventuelle réglementation cantonale, intercantonale ou communale⁵⁴.

La LMI a ainsi été conçue comme une loi-cadre posant des principes généraux⁵⁵. Elle ne vise pas à s'immiscer dans les législations ou réglementations cantonales et/ou communales mais se borne à exiger que ces dernières ne constituent pas une entrave au libre-échange des services et des marchandises, ainsi qu'à la liberté des personnes de s'établir et de circuler⁵⁶.

L'autorité fédérale a fixé en conséquence des exigences minimales qu'elle juge indispensables pour assurer de meilleures conditions-cadres à la place économique suisse⁵⁷. Le Conseil fédéral relève dans son message que la «*loi se borne à fixer un nombre limité de principes fondamentaux dont la Confédération, les cantons et les communes doivent tenir compte tant dans la pratique que dans le cadre de leur activité législative respective*»⁵⁸. Les cantons et les communes restent dès lors libres d'aller au-delà de ce qu'exige la LMI, notamment par le biais de concordats.

⁵¹ Soit l'équivalent de 200 000 DTS.

⁵² Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national (ci-après «BOAF/CN»), 1995/I pp. 1148-1149 et 1153-1155; Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des Etats (ci-après «BOAF/CE»), 1995/I pp. 871-873. D. ESSIVA, «Mise en œuvre de la nouvelle législation cantonale en matière de marchés publics», *BR/DC* 3/1998, p. 104.

⁵³ BOAF/CN, 1995/I, pp. 1149 & 1153-1155; BOAF/CE, 1995/I, pp. 871-873.

⁵⁴ A ce propos, voir en outre E. CLERC, précité, p. 420, J.-B. ZUFFEREY, «Marchés publics – Mosaïque», *BR/DC* 2/1999, p. 51.

⁵⁵ E. CLERC, précité, p. 432; H. LANG, «Die Wandlungen im öffentlichen Beschaffungswesen der Kantone, namentlich des Kantons Zürich», *PBG – Zürcher Zeitschrift für öffentliches Baurecht*, 1999, pp. 1/9.

⁵⁶ BOAF/CN, 1995/I, pp. 1148-1149; BOAF/CE, 1995/I, pp. 871-872.

⁵⁷ BOAF/CN, 1995/I, p. 1148.

⁵⁸ Message concernant la LMI, précité note 50, p. 1265. Voir également T. COTTIER et M. WAGNER, «Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM)», *AJP* 12/1995, p. 1587; P. RICHLI, «Neues Kartellgesetz und Binnenmarktgesetz», *AJP* 5/1995, p. 593/602.

En particulier, le référence à l'AMP contenue à l'article 5, alinéa 2, LMI prend tout son sens au niveau communal. En effet, on a vu que l'AMP lie les cantons de sorte que ces derniers doivent en tout état de cause en respecter la teneur conformément au principe de la force dérogatoire du droit fédéral, pour autant que le marché en cause soit visé par l'accord et que la valeur seuil soit atteinte. En revanche, les communes ne sont en l'état pas soumises à l'AMP, qui ne devrait ainsi normalement pas les lier. Toutefois, par le biais de l'article 5, alinéa 2, deuxième phrase, LMI, les communes ont l'obligation de tenir comptes des principes généraux en matière de soumissions posés par l'accord du GATT, qui constituent ainsi un point de départ. Le Conseil fédéral indique dans son message que *«Le GATT comprend des disciplines applicables entre Etats souverains. Il s'agit dans une certaine mesure de standards minimaux, de principes d'une intégration encore relativement rudimentaire. Ainsi peut-on d'autant plus partir de l'idée que ces principes peuvent également servir de lignes directrices, au sens d'exigences minimales, pour le marché intérieur d'un Etat fédéral»*⁵⁹.

Pour assurer le respect des dispositions relatives aux marchés publics, l'article 9, alinéa 2, LMI impose aux cantons l'obligation de prévoir au moins une voie de recours auprès d'une autorité judiciaire. Le Tribunal fédéral a récemment reconnu l'importance de cette voie de recours en élargissant son accès non seulement aux soumissionnaires dont le siège ou le domicile se trouve hors du canton en cause mais aussi aux soumissionnaires locaux⁶⁰.

C. Les rapports entre la LMI et l'AIMP

La LMI et l'AIMP constituent deux réglementations parallèles et complémentaires. Deux situations sont envisageables pour déterminer le droit applicable à un marché public passé par un pouvoir adjudicateur.

En premier lieu, si le marché porte sur des prestations dont le prix est inférieur aux valeurs seuils, l'AIMP est inapplicable. Dans ce cas, seule la LMI déploie ses effets et les soumissionnaires bénéficient des garanties minimales découlant de l'article 5 LMI. En outre, ils dispo-

⁵⁹ Message concernant la LMI, précité note 50, p. 1224.

⁶⁰ ATF 125/1999 I 406/409-410, X. SA; voir cependant l'ATF 125/1999 I 474, *MediService*, qui exclut du champ d'application de la LMI les entreprises d'un fournisseur des prestations dans leur canton d'origine: C. BOVET, «Marchés publics – Mosaïque», *BR/DC* 2/2000, p. 53; F. BELLANGER, «Note sur l'arrêt *MediService*», *SJ* 2000 I 382/383. Voir en outre A. BASS, A. CRAMER, H. LANG, V. Malfanti et P. Spörri, «Die Anwendung des Binnenmarktgesetzes auf Ortsnässige», *ZBL* 2000, pp. 249 ss.

sent d'une voie de recours leur permettant de contester la légalité des actes du pouvoir adjudicateur au regard de l'article 5 LMI.

En second lieu, pour les marchés dont le montant est supérieur aux valeurs seuils, la LMI et l'AIMP s'appliquent conjointement. Dans cette hypothèse, la LMI n'aura guère de portée sur le fond de litige dans la mesure où le droit cantonal respecte les principes minimaux découlant de l'article 5 LMI. En revanche, les conséquences procédurales pourraient être importantes si le droit cantonal n'a pas prévu une réglementation analogue à celle de l'article 17 AIMP s'agissant de l'effet suspensif du recours fondé sur l'article 9 LMI. Ainsi, à Genève, contrairement au recours fondé sur l'AIMP, en l'absence de disposition spéciale de procédure, le recours relatif à une violation de la LMI est régi par les normes usuelles de la loi du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative⁶¹. En conséquence, le délai de recours est de trente jours pour les décisions d'adjudication (article 63, alinéa 1, litt. a, LPA) et il a effet suspensif, sous réserve d'un retrait éventuel pour l'autorité d'adjudication ou le Tribunal administratif (article 66 LPA).

V. Conclusion

Le droit applicable aux marchés publics est complexe en raison de la diversité des textes réglant cette question⁶².

Au plan fédéral, la situation est probablement la plus simple. Dans les limites fixées par l'AMP, la LMP et l'OMP règlent les différentes procédures. La difficulté majeure d'application consiste en l'identification de la catégorie à laquelle appartiennent le pouvoir adjudicateur et le marché en cause.

En revanche, les problèmes sont plus complexes dans les cantons. Sous le couvert de l'AMP coexistent deux groupes de textes légaux, l'AIMP et son cortège de normes d'exécution cantonales, d'une part, et la LMI, d'autre part. Cette dernière loi, conçue à l'origine comme une législation de sécurité si les cantons ne légiféraient pas dans ce domaine, s'applique en dépit des règles cantonales existantes. En conséquence, pour tous les marchés publics soumis à l'AIMP, la LMI déploie aussi ses effets, provoquant essentiellement dans ce cas un doublement des voies de recours avec des effets procéduraux distincts.

⁶¹ RS/GE E 5 10; ci-après «LPA».

⁶² Pour des considérations relatives à la diversité des textes applicables et prônant une unification de ceux-ci, voir P. GAUCH, *Thèses sur les marchés publics*, Fribourg 1999, p. 9. A propos d'un besoin de simplification et de praticabilité des procédures: D. ESSEIVA, précité note 52, p. 105.

Pour les marchés publics n'entrant pas dans le champ d'application de l'AIMP, la LMI s'applique en complément des règles cantonales et assure en toute hypothèse une voie de recours.

Si l'importance de la LMI est indéniable, il aurait été préférable que le législateur fédéral confère à ce texte une portée subsidiaire. A l'instar des garanties fédérales de procédure qui ne déploient leurs effets qu'en l'absence de garanties cantonales ou en présence de normes plus restrictives, la LMI pourrait ne s'appliquer que si le droit cantonal des marchés publics ne respecte pas certaines exigences minimales. De la sorte, la duplication du droit applicable et, notamment, des voies de recours serait évitée tout en préservant les intérêts des soumissionnaires.