

B 2.3 **3. *Projet de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 25 mars 1998***

Entwürfe von rechtssetzenden Erlassen; Art. 46 Abs. 2 KG.

Projets d'actes normatifs; art. 46 al. 2 LCart.

Disegni di atti normativi; art. 46 cpv. 2 LCart.

Recommandations de la Commission de la concurrence du 18 mai 1998 concernant le projet de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 25 mars 1998

1 *Remarques préalables*

1. Le 27 mars 1998, la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement a mis en consultation un projet de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP). Ont été soumis à la Commission de la concurrence : un projet de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 mars 1998, des directives de passation des marchés publics et un rapport explicatif. Un délai a été fixé pour la procédure de consultation au 31 mai 1998.

2. Le droit suisse des marchés publics est depuis plusieurs années en pleine mutation. Les changements sont provoqués d'un côté par le droit international, en particulier par l'accord du GATT/OMC sur les marchés publics. D'un autre côté, sur le plan interne, les réformes sont occasionnées par la loi sur le marché intérieur suisse du 6 octobre 1995 (ci-après LMI).

3. L'accord intercantonal sur les marchés publics, dans sa teneur de 1994, incorpore dans le droit cantonal les obligations résultant pour les cantons de l'accord du GATT/OMC sur les marchés publics. Il ne tient toutefois pas compte des nouveautés qui ont été introduites ultérieurement par la LMI.

4. Les présentes recommandations sont élaborées sur la base de l'article 8 alinéa 2 LMI qui confère à la Commission de la concurrence la faculté d'adresser à la Confédération, aux cantons et aux commu-

nes des recommandations concernant des actes législatifs envisagés ou existants. Elles ne traitent du projet de révision que sous l'angle de la LMI.

2 *Les exigences essentielles de la LMI en matière de marchés publics*

5. La LMI vise à promouvoir, entre autres, le libre accès aux marchés publics des cantons et des communes à l'intérieur de la Suisse sur une base transparente et non-discriminatoire. Elle ne contient pas de dispositions détaillées en matière de marchés publics qui traiteraient par exemple des procédures ou des critères d'adjudication. Elle énonce simplement, sous forme de principe, des standards minimaux obligatoires. Il s'agit en particulier:

- du principe de libre accès au marché (art. 2 LMI);
- du principe de non-discrimination (art. 5 al. 1 LMI en relation avec art. 3 LMI);
- du principe de transparence (publication des critères de participation et d'attribution du marché, art. 5 al. 2 LMI);
- de la règle qui prévoit que les restrictions à la liberté d'accès au marché doivent faire l'objet de décisions sujettes à recours (art. 9 al. 1 LMI);
- de la règle selon laquelle le droit cantonal prévoit au moins une voie de recours devant une instance cantonale indépendante de l'administration (art. 9 al. 2 LMI).

6. La liberté d'accès au marché ne peut être limitée que si les restrictions 1) s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux, 2) sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants et 3) répondent au principe de proportionnalité (art. 3 al. 1 LMI). De plus, elles ne doivent en aucun cas constituer un obstacle déguisé aux échanges, destiné à favoriser les intérêts économiques locaux (art. 3 al. 4 LMI).

3 *Evaluation générale du projet*

7. La Commission considère le projet comme très positif dans son ensemble. Elle tient à saluer les efforts entrepris de manière autonome par les cantons pour trouver une solution qui soit compatible avec les exigences de la LMI. En tenant dûment compte de ces dernières, le projet, en particulier :

- étend le champ d'application de l'accord intercantonal aux communes ;
- englobe désormais les banques cantonales, lorsqu'elles agissent dans l'exercice de tâches publiques;
- énonce des valeurs seuils plus basses pour l'application des procédures de passation des marchés publics ;
- renonce à la clause de bagatelle (Bagatell Klausel) pour les marchés publics du domaine général ;

- renforce la protection juridictionnelle des particuliers en prescrivant le recours à une instance judiciaire cantonale et en détaillant les décisions qui peuvent faire l'objet d'un recours.

Toutes ces modifications contribueront progressivement à une plus grande transparence, à une meilleure concurrence et à un renforcement de la cohésion du marché intérieur suisse.

8. Le secrétariat de la Commission de la concurrence a participé aux travaux du groupe de travail chargé de la révision de l'AIMP. Dans ce cadre, il a proposé un certain nombre de modifications qui, pour la plupart, ont pu être reprises dans le projet. Les considérations qui suivent se rapportent aux points qui restent encore problématiques sous l'angle de la LMI.

4 Les clauses de réciprocité (art. 13 al. 2 et 19 al. 1 du projet)

9. Deux dispositions du projet prévoient expressément une clause de réciprocité qui n'existe pas dans la version actuelle du concordat intercantonal sur les marchés publics. L'article 13 alinéa 2 prescrit que „ *Seuls les soumissionnaires d'Etats, cantons et communes qui accordent la réciprocité, peuvent revendiquer les dispositions de cet accord.* ” L'article 19 alinéa 1 prévoit quant à lui que „ *les décisions de l'adjudicateur peuvent faire l'objet d'un recours, sous réserve du droit de réciprocité, auprès d'une autorité juridictionnelle cantonale.* ”

10. Alors que la réserve de réciprocité est possible pour les Etats parties à l'Accord du GATT/OMC sur les marchés publics, une telle réserve est devenue sans effets suite à l'entrée en vigueur de la LMI.

11. Des clauses de réciprocité sont prévues aux articles 6 alinéa 2 LMI et 6 alinéa 3 LMI. Selon l'article 6 alinéa 2 LMI, „ *lorsque, en vertu d'accords internationaux conclus par un ou plusieurs cantons avec un Etat limitrophe, des personnes étrangères bénéficient, en ce qui concerne l'accès au marché, d'un meilleur traitement que les offreurs ayant leur siège ou leur établissement dans un canton qui n'est pas partie à ces accords, ceux-ci ont droit au même traitement pour autant que le canton où ils ont leur siège ou leur établissement accorde la réciprocité* ”. Selon l'article 6 alinéa 3 LMI, „ *le 2^e alinéa s'applique par analogie aux accords intercantonaux* ”. La LMI vise ainsi le cas où des offreurs étrangers disposent, en vertu d'un accord international avec un Etat limitrophe ou d'un accord intercantonal, d'un accès au marché facilité.

12. *A l'intérieur du marché intérieur suisse, les clauses de réciprocité sont devenues sans effet suite à l'entrée en vigueur de la LMI. En effet, les offreurs suisses disposent d'un accès libre et non discriminatoire au marché. La Commission de la concurrence observe en outre que les clauses de réciprocité sont étrangères au but du concordat intercantonal sur les marchés publics qui est l'ouverture réciproque des*

marchés publics entre les cantons. En conséquence, la Commission de la concurrence recommande de supprimer la clause de réciprocité prévue aux articles 13 alinéa 2 et 19 alinéa 1 du projet.

Recommandation : la Commission de la concurrence recommande de supprimer la clause de réciprocité prévue aux articles 13 *alinéa* 2 et 19 du projet.

5 Procédures applicables

13. L'article 16 alinéa 1 du projet prévoit que „ *Les marchés publics du domaine des traités internationaux peuvent, au choix, être passés avec la procédure ouverte ou sélective.* ” L'article 16 alinéa 2 lettres a et b énonce, pour la passation des marchés du domaine général, des valeurs seuils pour l'application de la procédure de gré à gré et de la procédure sur invitation. En dessus des valeurs seuils indiquées, le choix est possible entre la procédure ouverte et la procédure sélective. Enfin, l'article 16 alinéa 2 lettre c prescrit que, dans des cas particuliers, selon l'article 12 de l'accord, la procédure peut être librement choisie.

5.1 Choix entre la procédure ouverte et la procédure sélective

14. De toutes les procédures prévues, la procédure ouverte est, sous l'angle du droit de la concurrence, celle qui doit être privilégiée. En effet, en procédure ouverte, l'adjudicateur lance un appel d'offres public pour lequel chaque soumissionnaire peut présenter une offre. Dans le cadre de la procédure sélective, l'adjudicateur lance un appel d'offres public pour le marché prévu et tous les intéressés peuvent présenter une demande de participation. La Commission de la concurrence est certes consciente que l'exécution de certains marchés publics nécessite une sélection préalable des soumissionnaires. Les procédures doivent, malgré tout, rester ouvertes et les restrictions à l'accès au marché ne doivent être introduites que si elles sont nécessaires.

15. La procédure sélective ne devrait être utilisée que si les circonstances du cas en question l'exigent vraiment (par exemple, en raison de la complexité du marché public en question). L'utilisation de critères protectionnistes ou l'application arbitraire de la procédure sélective est contraire à la LMI. Ainsi, une application incontrôlée de la procédure sélective pourrait restreindre l'accès au marché sans pour autant être justifiée au sens de l'article 3 LMI. En tout cas, la procédure sélective ne doit pas conduire à une limitation injustifiée de la concurrence.

Recommandation : La Commission de la concurrence recommande l'introduction, dans le projet, du principe de l'application restrictive de la procédure sélective.

5.2 *Limitation du nombre d'offreurs dans le cadre de la procédure sélective*

16. Selon le § 4 *alinéa* 1 des directives d'exécution, dans le cadre de la procédure sélective, „ *le nombre de soumissionnaires invités à adresser une offre peut être limité lorsque ceci est nécessaire pour la réalisation rationnelle de la procédure d'adjudication et que ceci est expressément mentionné dans l'appel d'offres. Ce nombre ne peut être inférieur à trois lorsqu'il existe suffisamment de soumissionnaires adéquats. Une concurrence efficace doit cependant être garantie* ". Selon le rapport explicatif, cette disposition ne vise que les cas exceptionnels où une procédure d'adjudication efficace n'est pas possible (p. 32).

17. La limitation du nombre d'offreurs qui sont aptes à exécuter le mandat conduit à une restriction de la concurrence. Le § 4 al. 1 souligne le caractère exceptionnel de la limitation du nombre d'offreurs lorsque ceci est nécessaire pour la réalisation rationnelle de la procédure d'adjudication et que ceci est expressément mentionné dans l'appel d'offres. En outre, le nombre d'offreurs invités à adresser une offre ne peut être inférieur à trois lorsqu'il existe suffisamment de soumissionnaires adéquats et la concurrence effective doit être garantie. Sous cet angle, la Commission de la concurrence ne peut que saluer la formulation du § 4 des directives d'exécution.

18. Lorsque les conditions susmentionnées du § 4 al. 1 sont réunies, l'autorité adjudicatrice va sélectionner les offreurs qui sont invités à adresser une offre. Dans le cadre de cette sélection, il est important que l'autorité adjudicatrice ne défavorise pas les offreurs externes par rapport aux offreurs locaux de manière contraire à la LMI. Elle devra par conséquent tenir compte des critères de non-discrimination énoncés à l'article 3 LMI (cf. chiffre 6 ci-dessus). La Commission de la concurrence recommande de compléter le § 4 al. 1 des directives d'exécution par un deuxième alinéa en vertu duquel le choix des offreurs admis à la procédure doit respecter les critères de non-discrimination tels qu'ils sont énoncés à l'article 3 LMI.

Recommandation: la Commission de la concurrence recommande de compléter le § 4 al. 1 des directives d'exécution par un deuxième alinéa en vertu duquel le choix des offreurs invités à adresser une offre doit respecter les critères de non-discrimination énoncés à l'article 3 LMI.

5.3 *Les valeurs seuils concernant les procédures d'invitation et d'attribution directe*

19. Selon l'article 16 alinéa 2 du projet :

„ *a. La procédure de gré à gré est autorisée pour les marchés de fournitures et prestations de services jusqu'à CHF 50'000 et pour les marchés de constructions jusqu'à CHF 100'000.*

b. La procédure sur invitation est autorisée pour les marchés de fournitures et de prestations de services jusqu'à CHF 250'000, ainsi que pour les marchés de construction jusqu'à CHF 500'000. "

20. Les principes de la LMI valent indépendamment de valeurs seuils. Le rapport explicatif justifie les valeurs seuils susmentionnées comme suit (p. 33.): „ *Les valeurs seuils doivent être définies de manière que le libre accès au marché ne soit restreint que dans la mesure où ceci est nécessaire pour garantir d'autres intérêts (par exemple la rentabilité de la procédure). La nécessité d'une définition des valeurs seuils est, tout au moins indirectement, aussi reconnue par la LMI dans le fait qu'il y est mentionné à l'article 5 alinéa 2 la nécessité de la publication de projets de marchés importants. Il est ainsi reconnu que tous les projets ne doivent pas être publiquement annoncés. On laisse donc la parole à la pratique. "*

21. La Commission de la concurrence se rallie à l'interprétation susmentionnée de la LMI. Les valeurs seuils précitées sont justifiées lorsque les charges administratives liées à la procédure d'adjudication sont disproportionnées par rapport à la faible valeur du marché public concerné. Dans ce domaine, les cantons et communes sont compétents pour légiférer. Comme le relève le rapport explicatif, la pratique démontrera l'impact de ces valeurs seuils sur le libre accès au marché. Par conséquent, la Commission de la concurrence se réserve de revenir ultérieurement sur cette question si le besoin s'en fait sentir.

5.4 Régime d'exceptions

22. L'art. 12 du projet prévoit une soumission des „ cas particuliers " au domaine général. Il s'agit entre autre des marchés passés avec des institutions pour handicapés, des marchés passés dans le cadre de programmes agricoles ou d'aide alimentaire ainsi que de l'acquisition d'armes et de munitions. Dans ces cas particuliers, la procédure peut être librement choisie (art. 16 al. 2 let. c).

23. Dans les cas où l'adjudicateur choisi une procédure autre que la procédure ouverte, des restrictions de l'accès au marché peuvent se produire. Le rapport explicatif reste muet sur ce problème. Afin d'empêcher d'éventuelles restrictions, il est essentiel de choisir la procédure respectant le mieux le principe du libre accès au marché, tout en tenant compte des caractéristiques de chaque cas.

Recommandation: la Commission de la concurrence recommande de compléter le rapport explicatif dans le sens des considérants qui précèdent.

6 La question du respect des conditions de travail (§19 al. 2 des directives de passation des marchés publics)

24. L'article 14 du projet énonce un certain nombre de principes généraux qui doivent être respectés lors de la passation de marchés

publics, en particulier sous lettre (e): „ *le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail.* ” Il n'est pas précisé s'il s'agit des dispositions en vigueur au lieu de provenance ou au lieu d'exécution. Selon le § 19 alinéa 2 des directives de passation des marchés publics, „ *pour des prestations fournies en Suisse, seules doivent être prises en considération les offres des soumissionnaires qui observent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail. En principe, les prescriptions en vigueur au lieu où la prestation est fournie sont déterminantes. Toutes les prescriptions, en vigueur en Suisse, valent de manière égale.* ”

25. La Commission de la concurrence tient à rappeler la situation juridique en rapport avec cette question. Elle peut être résumée comme suit :

- L'Accord du GATT/OMC sur les marchés publics laisse le choix aux Etats membres entre le principe du lieu d'exécution et le principe du lieu de provenance. L'interprétation dominante privilégie le principe du respect de travail au lieu d'exécution.
- La loi fédérale sur les marchés publics (art. 8) et son ordonnance d'exécution prescrivent, pour les marchés publics de la Confédération, le respect des conditions de travail au lieu d'exécution ;
- Dans le système de la LMI, pour les marchés publics des cantons et des communes, ce sont les prescriptions de travail en vigueur au lieu de provenance qui sont déterminantes (art. 5 LMI en relation avec article 3 alinéa 1 lettre a et article 3 alinéa 3 alinéa a LMI). Selon le message à la LMI, seul le risque de dumping social justifierait l'adoption du principe du respect des conditions de travail au lieu d'exécution.²

Il existe une contradiction évidente entre ces différents niveaux législatifs.

26. Il ressort des débats parlementaires précédant l'adoption de la LMI, que dans le marché intérieur suisse, l'accès au marché doit avoir lieu en fonction du respect des conditions de travail en vigueur au lieu de provenance.³ Cette solution, voulue par le législateur fédéral, correspond à l'idée d'un marché intérieur uniforme dans lequel prévaut le principe de l'égalité des réglementations cantonales et communales de même qu'un système de sécurité sociale largement unifié. La Commission de la concurrence ne peut que maintenir la solution du respect des conditions de travail au lieu de provenance pour les marchés publics qui entrent dans le champ d'application de la LMI.

² Message du Conseil fédéral à l'appui de la LMI, p. 56.

³ Amt. Bull. NR 1995 1156, 1178 ; Amt. Bull. StR 1995 931, 934.

27. Comme relevé ci-dessus, il existe une contradiction entre les différents niveaux législatifs en vigueur en Suisse. Il importe de trouver la solution la moins contradictoire possible. La Commission de la concurrence a pour objectif principal de veiller au respect de la LMI. D'un autre côté, elle ne peut pas ignorer les engagements internationaux qui résultent pour les cantons de l'Accord du GATT/OMC sur les marchés publics. En d'autres termes, elle doit se rallier à l'interprétation la plus acceptable possible.

28. Il sied en particulier d'éviter une solution discriminatoire vis-à-vis des offreurs étrangers, et partant contraire au droit du GATT/OMC. La question doit être vue dans sa globalité.

29. Au vu de ce qui précède, la Commission de la concurrence prend acte du fait que le projet cherche à trouver une solution qui soit compatible avec les postulats contradictoires qui existent dans le domaine des marchés publics concernant les conditions de travail. Dans cette mesure, elle se rallie à la solution proposée, sous la réserve toutefois que, pour la détermination du lieu d'exécution, toutes les prescriptions en vigueur en Suisse sont réputées équivalentes.

Recommandation : la Commission de la concurrence se rallie à la solution proposée selon laquelle ce sont, en principe, les prescriptions de travail au lieu d'exécution qui sont déterminantes, sous la réserve toutefois que, pour la détermination du lieu d'exécution, toutes les prescriptions en vigueur en Suisse sont réputées équivalentes.