

B 2.8	<p>4. Recommandation du 1^{er} décembre 2014 à l'attention du Conseil fédéral et de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics au sujet des effets de la révision et de l'harmonisation du droit des marchés publics sur la Loi fédérale sur le marché intérieur</p>
-------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

1 Résumé

1. La Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) règle aujourd'hui en tant que loi-cadre les exigences minimales valables pour les cantons et les communes en matière d'octroi de concessions (art. 2 al. 7 LMI), de marchés publics (art. 5 LMI) et de voies de recours (art. 9 al. 2 LMI). Elle garantit à tous les offreurs ayant leur siège en Suisse un accès non-discriminatoire aux marchés publics et aux monopoles cantonaux et communaux.

2. La Commission de la concurrence (COMCO) est chargée par la loi de surveiller le respect de ces exigences minimales du droit du marché intérieur. A cette fin, elle dispose de divers instruments, à savoir les enquêtes (y compris l'entraide administrative et l'obligation de renseigner), les recommandations, les expertises, les recours, les prises de position à l'attention du Tribunal fédéral ainsi que la publication de décisions et de jugements. Par la Loi sur le marché intérieur et la surveillance de la COMCO, la Confédération remplit son obligation constitutionnelle de créer un espace économique suisse unique (art. 95 al. 2 Cst.).

3. Le projet de révision du droit des marchés publics (Accord intercantonal sur les marchés publics, AIMP¹ et Loi fédérale sur les marchés publics, LMP) prévoit un changement de système, dans la mesure où les garanties minimales du droit des marchés publics de la LMI ne s'appliqueraient plus aux cantons qui auraient adhéré à l'Accord intercantonal révisé sur les marchés publics (AIMP 2015). La garantie des voies de recours selon l'art. 9 LMI y serait supprimée, puis ancrée exclusivement et sous une forme affaiblie dans l'AIMP 2015; cela aurait pour conséquence que les instruments susmentionnés de la COMCO pour la mise en œuvre de la réglementation du droit des marchés publics devraient également être supprimés. Toutefois, si la Loi sur le marché intérieur ou la surveillance étaient supprimées, la Confédération ne remplirait plus son mandat constitutionnel.

4. La COMCO est d'avis qu'il n'existe aucune raison de modifier le système éprouvé d'interaction entre les art. 5 et 9 LMI et l'AIMP 2015 ainsi que le mandat de surveillance de la COMCO. Les exigences minimales en matière de transparence, de non-discrimination et d'obligation de publier un appel d'offres doivent demeurer dans la Loi sur le marché intérieur, surveillées par la COMCO et mises en œuvre par l'AIMP. L'harmonisation souhaitée des droits des marchés publics de la Confédération et des cantons n'en sera pas entravée.

5. Dans ce contexte, la COMCO émet les **recommandations** suivantes à l'intention du Conseil fédéral et de

l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp):

- (1) La **Loi sur le marché intérieur** doit être maintenue dans sa version actuelle et **ne pas être révisée**.
- (2) Afin que le p-AIMP puisse être appliqué de manière conforme à la Loi sur le marché intérieur en vigueur, la COMCO recommande au Conseil fédéral et à l'AiMp de prévoir dans la LMP et l'AIMP révisés un **droit de recours pour les marchés d'une valeur d'au moins 50'000 francs**.

6. Si contrairement aux recommandations de la COMCO, la Loi sur le marché intérieur devait être adaptée, une telle révision devrait, afin d'éviter un affaiblissement du droit du marché intérieur indésirable du point de vue de la politique en matière de concurrence, respecter dans tous les cas les principes suivants:

- (1) La disposition sur l'obligation de procéder à un appel d'offres en matière de concessions au sens de l'art. 2 al. 7 LMI doit être maintenue sans changement, contrairement au projet de révision.
- (2) Selon le projet de révision, les exigences minimales en matière de marchés publics cantonaux et communaux (art. 5 LMI) et de voies de droit (art. 9 al. 1 et 2 LMI) ne doivent nouvellement s'appliquer, dans le domaine des marchés publics, qu'aux cantons qui n'ont pas adhéré à l'AIMP 2015. En raison de la suppression des dispositions sur les marchés publics pour les cantons parties à ce concordat, les instruments de surveillance de la COMCO prévus par la Loi sur le marché intérieur, mentionnés au ch. 2, et en particulier son droit de recours, devraient être étendus à la surveillance du respect de l'AIMP, dans la mesure où celui-ci transpose les standards minimaux de l'art. 5 LMI.

7. En respectant ces principes, l'objectif d'harmonisation du droit des marchés publics entre la Confédération et les cantons serait respecté et le p-AIMP soumis à consultation pourrait sans autre être mis en œuvre.

2 Situation initiale

8. Un groupe de travail constitué de représentants de la Confédération et des cantons a rédigé un projet de révision du droit des marchés publics (AIMP et LMP) avec l'objectif de transposer en droit interne l'AMP² révisé et d'harmoniser les droits des marchés publics de la Con-

¹ Projet de révision de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (p-AIMP), disponible sur www.bpuk.ch.

² Accord sur les marchés publics (AMP; RS 0.632.231.422; en anglais: Agreement on Government Procurement [WTO/GPA]).

fédération et des cantons. Cette révision affecte aussi la LMI. Le 22 septembre 2014, l'AiMp a lancé la consultation sur la révision complète de l'AIMP et invité la COMCO à remettre une prise de position.³

9. Les révisions des deux lois fédérales LMP et LMI ainsi que du concordat AIMP sont étroitement liées. La présente recommandation de la COMCO au sens de l'art. 8 al. 2 LMI concerne uniquement les points de révision proposés qui touchent à la Loi sur le marché intérieur, montre dans quelle mesure cette loi est affectée par la révision du droit des marchés publics, et répond à la question de savoir si cette loi devrait être adaptée dans le cadre de la révision, et le cas échéant comment.

10. Etant donné que la Loi sur le marché intérieur appartient au droit fédéral, la présente recommandation s'adresse en premier lieu au Conseil fédéral. Néanmoins, vu que la révision de l'AIMP doit être en conformité avec la Loi sur le marché intérieur, la présente recommandation s'adresse également à l'AiMp. La prise de position générale de la COMCO au sujet du p-AIMP fait l'objet d'une prise de position séparée, adressée exclusivement à l'AiMp.

3 Commentaires

3.1 Les exigences minimales du droit du marché intérieur applicables aux marchés publics cantonaux et communaux

11. Les dispositions du droit du marché intérieur sur les marchés publics se trouvent à l'art. 5 LMI. L'art. 5 LMI prévoit diverses exigences minimales qui doivent être respectées dans le cadre des marchés publics cantonaux et communaux, même en deçà des valeurs seuils selon les traités internationaux. Les principes fondamentaux en sont le principe de la non-discrimination (art. 5 al. 1 LMI) ainsi que l'obligation de publication (art. 5 al. 2 LMI). Il s'agit d'une règle de droit fédéral qui est directement applicable aux procédures d'adjudication cantonales et communales.⁴

12. L'art. 5 al. 1 LMI établit le principe de l'accès non-discriminatoire aux marchés publics aux niveaux cantonal et communal. Ce principe s'applique à tous les offreurs, qu'ils soient locaux ou externes.⁵ L'art. 5 al. 1 LMI constitue une clause d'égalité de traitement, respectivement d'interdiction de discrimination pour les marchés publics cantonaux ou communaux.⁶

13. L'art. 5 al. 2 LMI impose aux pouvoirs adjudicateurs cantonaux et communaux de publier leurs projets de marchés publics de grande importance, y compris l'objet du marché (à savoir la description de l'objet du marché et ses spécifications techniques) de même que les critères de participation (les critères d'aptitude) et d'attribution (les critères d'adjudication) dans un organe officiel. Cette disposition correspond au principe de la transparence du droit des marchés publics et implique pour le pouvoir adjudicateur l'obligation de décrire précisément et concrètement tous les critères qui seront déterminants pour octroyer le marché public concerné.⁷

14. En outre, l'art. 5 al. 1 LMI prévoit que les marchés publics des cantons, communes et autres organes exerçant des tâches publiques soient régis par le droit cantonal ou intercantonal. Les principes de l'accès non-

discriminatoire aux marchés publics cantonaux et communaux et de la transparence ancrés dans l'art. 5 LMI sont concrétisés et mis en œuvre par le droit cantonal et intercantonal des marchés publics.⁸ En d'autres termes, les règles concrètes applicables aux marchés publics concernant les valeurs seuils et les procédures de passation de marché, le contenu des dossiers d'appels d'offres ainsi que les exigences concernant les spécifications techniques, les critères d'aptitude et d'adjudication découlent des principes fondamentaux du droit des marchés publics que sont la non-discrimination et la transparence au sens de l'art. 5 LMI.

15. Le projet de révision du droit des marchés publics prévoit que les garanties minimales du droit des marchés publics prévues à l'art. 5 LMI ne s'appliquent plus qu'aux cantons qui *n'ont pas* adhéré à l'AIMP. Cela entraînera non seulement l'affaiblissement matériel de la LMI, mais aussi la suppression de tous les instruments de la COMCO pour la mise en œuvre de l'art. 5 LMI – en particulier les enquêtes, les recommandations, les expertises, l'entraide administrative, l'obligation de renseigner, les prises de position à l'attention du Tribunal fédéral et son droit de recours (cf. à ce sujet ci-dessous, pt 3.2).

16. Il n'y a pourtant aucune raison de modifier le système actuel d'interaction entre l'art. 5 LMI et l'AIMP. Les exigences minimales concernant la transparence, la non-discrimination et l'obligation de publier un appel d'offres doivent continuer à être ancrées dans la Loi sur le marché intérieur et mises en œuvre par l'AIMP. La Loi sur le marché intérieur est une loi-cadre fédérale qui prescrit des exigences minimales et met ainsi en œuvre le mandat constitutionnel de la Confédération de veiller à créer un espace économique suisse unique (art. 95 al. 2 Cst.). Il s'agit donc aussi de maintenir les instruments de surveillance éprouvés de la COMCO pour la mise en œuvre des exigences minimales du droit du marché intérieur dans le domaine des marchés publics cantonaux et communaux.

17. Les raisons suivantes plaident en faveur du maintien de cette solution qui a fait ses preuves, entres autres:

- L'objectif d'harmonisation du droit des marchés publics de la Confédération et des cantons ne sera en aucun cas entravé si les exigences minimales du droit du marché intérieur de l'art. 5 LMI continuent à s'appliquer aux cantons et aux communes.
- La Confédération a le mandat constitutionnel de veiller à la création d'un espace économique suisse unique (art. 95 al. 2 Cst.). L'ouverture des

³ La COMCO a déjà émis des recommandations au sujet des projets de révision de l'AIMP de 1998 et 2000, cf. Recommandation du 17 avril 2000 concernant le projet de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 1^{er} février 2000 (Adaptation aux accords bilatéraux CH - UE) à l'attention de la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DATP), DPC 2000/2 281 ss.; Recommandation 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, DPC 1998/2 329 ss.

marchés publics cantonaux et communaux aux offreurs étrangers (en plus de ceux soumis aux traités internationaux) est un élément central de l'économie de marché et exige un ancrage dans le droit fédéral. Une solution purement cantonale (AIMP) ne respecterait pas le mandat constitutionnel de la Confédération.

- Ce n'est qu'avec un ancrage dans le droit fédéral qu'il peut être certain que ces exigences minimales s'appliquent à tous les cantons, même en cas de révision ultérieure de l'AIMP.
- Les appels d'offres pour les marchés publics et les concessions sont, à côté de la libre circulation des biens et des services, des instruments centraux de l'ouverture des marchés et appartiennent quant à leur thématique à la LMI (tout comme l'AIMP est un élément thématique du libre-échange international à côté des accords OMC sur le commerce des biens et services).
- Le système actuel a fait ses preuves et n'a posé aucun problème de délimitation dans la pratique. Il n'y a aucune raison objective justifiant que les exigences minimales sur les marchés publics ne soient plus réglées par le droit fédéral dans la LMI.
- Les exigences minimales du droit du marché intérieur sont liées aux instruments de surveillance de la COMCO. Ces derniers ont fait leurs preuves par le passé et doivent être maintenus (à ce sujet, cf. ci-dessous, pt 3.2).

3.2 La fonction de surveillance de la COMCO sur les marchés publics cantonaux et communaux selon le droit du marché intérieur

18. La COMCO a actuellement le mandat législatif de surveiller le respect de ces exigences minimales du droit du marché intérieur. Elle dispose à cette fin des instruments suivants et peut ainsi:

- Effectuer des enquêtes, y compris l'entraide administrative et l'obligation de renseigner (art. 8 al. 3, 8a, 8b et 8c LMI).
- Émettre des recommandations (art. 8 al. 2 et 3 LMI).
- Effectuer des expertises (art. 10 LMI).
- Déposer des recours (art. 9 al. 2^{bis} LMI).
- Prendre position dans les procédures en cours devant le Tribunal fédéral (art. 102 al. 1 et l'art. 89 al. 2 let. a LTF ; art. 10 al. 2 LMI).
- Publier des décisions et des jugements (art. 10a LMI).

19. Le projet de révision prévoit au stade actuel un changement de système dans la mesure où les prescriptions du droit des marchés publics selon l'art. 5 LMI ne s'appliqueraient plus aux cantons qui auraient adhéré à l'AIMP 2015 et que la garantie des voies de droit selon l'art. 9 al. 1 et 2 LMI serait supprimée de cette loi pour être ancrée uniquement dans l'AIMP. **Cela aurait pour conséquence que les instruments de la COMCO pour la mise en œuvre des prescriptions du droit**

des marchés publics selon l'art. 5 LMI susmentionnés seraient aussi supprimés.

20. Le p-AIMP prévoit que seul le droit de recours serait repris dans l'AIMP et serait attribué, selon la variante retenue, soit à la COMCO comme c'est le cas actuellement, soit nouvellement à l'AiMp (art. 52 al. 3 p-AIMP). Selon le rapport explicatif de la procédure de consultation, le droit de recours de la COMCO basé sur l'art. 9 al. 2^{bis} LMI «n'a pas acquis une grande importance» et devrait être supprimé (p. 51). La COMCO ne partage pas cette analyse. Ce rapport n'indique à aucun moment les motifs justifiant la suppression des instruments de surveillance de la COMCO dans le domaine des marchés publics cantonaux et communaux.

3.2.1 Le droit de recours de la COMCO est nécessaire

21. Le renforcement de la surveillance du marché intérieur et l'introduction du droit de recours de la COMCO ont été exigés par la Commission de gestion du Conseil national en 2000 et étaient un objectif institutionnel principal de la révision de la LMI en 2005.⁹ Les recommandations et expertises prévues dans la version d'origine de la Loi sur le marché intérieur de 1995 n'étaient pas contraignantes et s'étaient avérées être des instruments de surveillance peu suivis d'effets dans la pratique. Pour cette raison, l'introduction du droit de recours de la COMCO devait lui permettre d'attaquer les décisions contraires au droit et de les faire corriger puis appliquer de manière contraignante par le truchement d'un jugement d'une autorité judiciaire. L'exercice du droit de recours devait être utilisé de manière ciblée pour assurer la mise en œuvre de l'accès non-discriminatoire aux marchés publics cantonaux et communaux et permettre de donner du poids aux recommandations et aux expertises non-contraignantes de la COMCO.¹⁰

⁴ PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3e éd., Zurich 2013, ch. 1290; NICOLAS DIEBOLD, *Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen*, RSJ 2013/109, p. 177 ss., 184; EVELYNE CLERC, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Éds), *Commentaire Romand - Droit de la concurrence*, 2e éd., Bâle 2012, LMI 5 N 32; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Éds), *OFK-Kommentar Wettbewerbsrecht II*, Zurich 2011, LMI 5 N 7.

⁵ GALLI/MOSER/LANG/STEINER (note 4), ch. 58 ss, 61; Clerc (note 4), LMI 5 N 116 s.; OESCH/ZWALD (note 4), LMI 5 N 1.

⁶ ATF 125 I 406, 408 consid. 2; arrê du TF 2P.151/1999 du 30.5.2000, consid. 1c.

⁷ ETIENNE POLTIER, *Droit des marchés publics*, Berne 2014, ch. 34; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (note 4), ch. 60 et les références citées; CLERC (note 4), LMI 5 N 130; OESCH/ZWALD (note 4), LMI 5 N 4.

⁸ POLTIER (note 7), ch. 35; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (note 4), ch. 64; CLERC (note 4), LMI 5 N 130; OESCH/ZWALD (note 4), LMI 5 N 6.

⁹ Motions CdG-N, 00.3407 et 00.3408; Message du 24 novembre 2004 sur la révision de la loi sur le marché intérieur (Message revLMI), FF 2005 465 ss., 467, 491.

¹⁰ Message revLMI, FF 2005 465 ss, 480.

22. Les **entreprises renoncent souvent** à recourir contre la passation illicite d'un marché public, par peur de compromettre leurs chances dans l'attribution de futurs marchés ou d'avoir à supporter les frais d'une procédure. Les entreprises ne défendent que leurs propres intérêts économiques et ne recourent pas lorsqu'elles ne peuvent de toute façon plus obtenir le contrat déjà passé avec un concurrent. Les entreprises qui ont qualité pour recourir ignorent également souvent qu'un marché public a été attribué à tort de gré à gré.

23. Contrairement aux entreprises, la COMCO agit dans **l'intérêt public à la protection de la concurrence** et à la gestion économique des fonds publics lors de marchés publics. Les citoyennes et les citoyens qui ne sont pas eux-mêmes légitimés pour agir contre un marché public illicite de leur commune ou canton, ou même un whistleblower, peuvent annoncer le cas à la COMCO. Dans les cas où cela se justifie, la COMCO peut recourir et ainsi défendre les intérêts publics en présence.

24. Le recours de la COMCO est surtout indiqué dans les cas où des marchés dépassant la valeur seuil ont été, intentionnellement ou par inadvertance, attribués de gré à gré ou alors dans ceux où le pouvoir adjudicateur a fait valoir à tort des motifs d'exception (p. ex. l'urgence ou des particularités techniques), ou encore lorsqu'une procédure de passation d'un marché public a été délibérément «taillée sur mesure» pour un offreur déterminé.

25. Suite aux divers scandales dans les marchés publics, un nombre croissant de voix se fait entendre sur le plan politique demandant l'instauration d'une véritable autorité de surveillance. Les instruments de surveillance actuels de la COMCO, qui ne concernent que les cantons et les communes, forment une excellente alternative, plus modérée, à la création d'autorités de surveillance.

26. Le droit de recours de la COMCO ne fait courir aucun risque de retardement d'un marché public, car la COMCO ne peut que formuler une conclusion tendant au constat d'une violation du droit, et non l'annulation de la décision d'adjudication. Le recours sert à clarifier et améliorer la sécurité du droit pour les futures procédures de passation de marchés publics.

3.2.2 Le droit de recours de la COMCO est effectif

27. Les expériences avec le droit de recours sont positives: sur recours de la COMCO, il a par exemple été clarifié par les tribunaux que le mandat donné à un privé de financer et de construire lui-même une infrastructure publique (centre pour requérants d'asile), puis de la louer au canton, doit être publié selon le droit des marchés publics.¹¹ Il en va de même pour le mandat donné à un privé de livrer directement les sacs-poubelle taxés aux commerces de détail.¹² Dans ces deux cas, le pouvoir adjudicateur avait considéré, à tort, que les marchés n'étaient pas soumis au droit des marchés publics. Diverses procédures sont pendantes, notamment sur la question de l'exception de l'urgence ou sur l'annulation judiciaire d'office en cas d'un choix de procédure erroné. Maintenant que les recours de la COMCO dans le domaine des marchés publics produisent leurs effets concrets et mènent à des adaptations des comportements des cantons dans leurs marchés publics, il serait contre-

productif de supprimer cet instrument quelques années seulement après son introduction.

28. La COMCO fait usage de son droit de recours dans le domaine des marchés publics de manière très restrictive et ciblée (env. trois recours par an), dans le but de faire clarifier des questions juridiques de principe par les tribunaux, d'améliorer la sécurité du droit ou de faire cesser une pratique illicite d'attribution de marchés publics. Le but et le sens du droit de recours ne sont pas d'attaquer sans discernement n'importe quelle décision qui viole le droit des marchés publics.

3.2.3 La COMCO est l'autorité adéquate pour disposer du droit de recours

29. En tant que commission extra-parlementaire non tenue de suivre des directives, la COMCO jouit d'une indépendance face à la Confédération et aux cantons qui fait d'elle l'autorité qui convient le plus parfaitement à l'exercice d'un droit de recours. La protection de la concurrence appartient aux compétences fondamentales de la COMCO. La COMCO a acquis un savoir-faire en matière d'exercice du droit de recours. Il n'y a aucun motif objectif justifiant de transmettre ce droit de recours à une autre autorité.

30. Le droit de recours de la COMCO est aussi reconnu par la doctrine juridique dans le domaine des marchés publics, comme le démontre p. ex. la déclaration suivante: «Après l'affaire INSIEME il a été à maintes reprises discuté de savoir si au niveau fédéral, en complément des voies de droit individuelles, un droit de recours d'une autorité devait être instauré. Une alternative serait d'étendre le droit de recours de la Commission de la concurrence au niveau fédéral»¹³

31. Au niveau européen, d'autres autorités de la concurrence exercent des tâches de surveillance analogues à celles de la COMCO dans le domaine des marchés publics.¹⁴

3.2.4 Le droit de recours complète les autres instruments de la COMCO

32. Pour faire appliquer les exigences minimales du droit du marché intérieur, la COMCO peut aussi effectuer des expertises, émettre des recommandations, effectuer des enquêtes (y compris par le biais de l'entraide administrative et de l'obligation de renseigner) et prendre position

¹¹ Décision TA LU, 7H 13 98 du 12 février 2014 (centre de requérants d'asile de Kriens).

¹² Décision TA VD, MPU.2013.005 du 30 octobre 2013 (Sacs-poubelle et taxes sur les sacs).

¹³ Traduction libre de: «Nach dem Fall INSIEME ist verschiedentlich diskutiert worden ob auf Bundesebene ergänzend zum Individualrechtsschutz eine Aufsichtsbehörde geschaffen werden soll. Als Alternative dazu wäre auch die Ausdehnung des Beschwerderechts der Wettbewerbskommission auf die Bundesebene denkbar», in: GALLI/MOSER/LANG/STEINER (note 4), N 1290, 1315; cf. aussi DIEBOLD (note 4), p. 177 ss; POLTIER (note 8), ch. 418.

¹⁴ À savoir notamment, l'Autorité suédoise de la concurrence («Konkurrensverket») depuis juillet 2010 (cf. http://www.kkv.se/t/SectionStartPage_6732.aspx, dernière consultation le 4 décembre 2014) ainsi que l'Autorité allemande de la concurrence («Bundeskartellamt») depuis 1999 (cf. http://www.bundeskartellamt.de/DE/Vergaberecht/vergaberecht_node.html, dernière consultation le 4 décembre 2014).

dans des procédures pendantes devant le Tribunal fédéral. Ces instruments ont fait leurs preuves dans la pratique et sont aussi utilisés régulièrement par la COMCO, en plus des prises de position informelles du Secrétariat de la COMCO:

- Expertise de la COMCO du 1^{er} décembre 2014 à l'attention de l'Office fédéral de la justice concernant le projet eOperations Schweiz (publication prévue dans la DPC);
- Recommandation de la COMCO du 30 juin 2014 à l'attention de VRSG AG et ses actionnaires publics au sujet de l'application du droit des marchés publics (art. 5 LMI), DPC 2014/2 442;
- Recommandation de la COMCO du 27 février 2012 au sujet de l'accès au marché pour les services de taxis externes selon l'exemple des ordonnances sur l'accès au marché des cantons de BE, BS, BL ainsi que des villes de Zurich et de Winterthur, DPC 2012/2 438;
- Expertise de la COMCO du 28 juin 2010 à l'attention du Bezirksrat Schwyz au sujet du renouvellement des concessions pour l'exploitation de la force hydraulique en faveur des services industriels de l'Elektrizitätswerk des Bezirks Schwyz AG, DPC 2011/2 353;
- Expertise de la COMCO du 22 février 2010 au sujet du renouvellement des contrats de concession entre Centralschweizerischen Kraftwerken AG et les communes lucernoises au sujet de l'utilisation du domaine et des sols publics ainsi que de la fourniture d'énergie électrique, DPC 2011/2 345;
- Expertise du 16 mars 2009 à l'intention du DIRH du canton de VD concernant la compatibilité de l'application aux offreurs externes des conventions collectives de travail cantonales avec la LMI;
- Recommandation du 17 avril 2000 concernant le projet de révision de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 1^{er} février 2000 (adaptation aux conventions bilatérales CH - UE) à l'attention de la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP), DPC 2000/2 270;
- Recommandations de la COMCO du 17 mai 1999 concernant les contrats de bail sur la publicité extérieure à l'attention des collectivités publiques cantonales et communales, DPC 1999/2 260.

33. Le droit de recours complète les autres instruments de surveillance de la COMCO comme les expertises, les recommandations et les enquêtes. Par exemple, la COMCO vient de clarifier par une recommandation les conditions auxquelles les communes et les cantons peuvent attribuer à une entreprise en main publique des marchés dans le domaine informatique sans devoir passer par un marché public. Une telle recommandation - qui n'est pas contraignante - ne peut déployer d'effets si la COMCO n'a pas dans le même temps la possibilité, en cas de non-respect, de déposer un recours afin de faire clarifier la question par une autorité judiciaire.

34. Finalement, le droit de recours de la COMCO lui permet, sur demande du Tribunal fédéral, de prendre position dans des procédures pendantes (art. 102 al. 1 et art. 89 al. 2 let. a LTF) ; le Tribunal fédéral fait régulièrement usage de cette possibilité, également dans le domaine des marchés publics.

35. Il apparaît donc qu'il n'y a aucun motif objectif justifiant l'affaiblissement de la surveillance des marchés publics cantonaux et communaux ni le transfert du droit de recours de la COMCO dans ce domaine dans l'AIMP ni sa suppression pure et simple. Il ne ressort pas non plus clairement des projets de révision si les compétences d'enquête, d'expertise et de recommandation de la COMCO doivent ou non être maintenues dans le domaine des marchés publics (art. 5 LMI).

36. En résumé, il s'agit de constater que le droit de recours de la COMCO, associé aux instruments que sont l'expertise, la recommandation et l'enquête, doit être maintenu et demeurer ancré comme actuellement dans la Loi sur le marché intérieur et non, comme le propose le p-AIMP, être ancré dans l'AIMP. L'objectif d'harmonisation des droits des marchés publics de la Confédération et des cantons n'en sera aucunement entravé. Si l'art. 5 LMI devait ne plus s'appliquer aux cantons concordataires, comme prévu actuellement, les compétences de la COMCO dans la Loi sur le marché intérieur devraient en tout cas être explicitement étendues au contrôle de la mise en œuvre de l'AIMP (cf. ch. 6).

3.3 La protection juridique du droit du marché intérieur dans le domaine des marchés publics cantonaux et communaux

37. La COMCO soutient l'harmonisation envisagée des droits de recours dans le domaine des marchés publics de la Confédération et des cantons et salue particulièrement l'extension de la voie de droit de la Confédération aux marchés passés hors traité international. Les textes de révision prévoient un droit de recours uniforme à partir d'une valeur contractuelle de 150'000 francs. Ce seuil est relativement élevé et signifie dans les cantons et les communes un affaiblissement du droit de recours actuel. Dans ce cas de figure, les entreprises concernées ne pourraient à l'avenir faire recours contre un marché public cantonal ou communal que si la valeur du marché atteint au moins 150'000 francs, de sorte que la protection juridique sera réduite à néant pour de nombreuses PME qui ne peuvent soumettre d'offres que dans les marchés publics de petite importance.

38. L'ouverture d'une voie de droit seulement à partir d'un marché d'une valeur d'au moins 150'000 francs au niveau cantonal ou communal ne serait pas compatible avec l'art. 9 al. 2 LMI, qui garantit en principe une voie de droit pour tous les marchés publics cantonaux ou communaux. Selon l'arrêt du Tribunal fédéral *Sigriswil*, l'art. 9 al. 2 LMI n'exige néanmoins pas que les cantons et communes prévoient une voie de recours pour les marchés bagatelles.¹⁵ Ainsi, la COMCO recommande à la Confédération et aux cantons de garantir dans la LMP et l'AIMP une **voie de recours pour tout marché dont**

¹⁵ ATF 131 I 137.

la valeur atteint au moins 50'000 francs. Une telle réglementation pourrait s'accorder avec l'art. 9 al. 2 LMI conformément à l'arrêt fédéral susmentionné, rendant la révision de l'art. 9 LMI inutile.

3.4 L'obligation de procéder à un appel d'offres pour l'attribution des concessions selon le droit du marché intérieur

39. Le projet de révision prévoit d'introduire une nouvelle disposition aux niveaux fédéral et cantonal selon laquelle l'octroi d'une concession ou la délégation d'une tâche publique est considérée comme régie par le droit des marchés publics lorsque l'offreur se voit accorder des droits exclusifs ou spéciaux (art. 8 al. 2 p-AIMP).

40. Ainsi, la jurisprudence actuelle sur la notion de «tâche publique», selon laquelle la délégation d'une tâche publique à un privé est soumise au droit des marchés publics, est intégrée dans la LMP et l'AIMP, ce qu'il faut saluer.¹⁶ Les dispositions sur la définition des tâches publiques aux art. 8 al. 2 p-AIMP ne doivent néanmoins en aucun cas être considérées comme un substitut de l'obligation actuelle de procéder à la publication d'un appel d'offres pour les concessions cantonales et communales selon l'art. 2 al. 7 LMI. Les nouvelles dispositions constituent d'avantage un **complément** bienvenu à l'obligation déjà existante des cantons et des communes de procéder à des appels d'offres pour les monopoles et les concessions d'usage privatif:

- Les concessions cantonales et communales qui sont soumises simultanément aux dispositions de l'art. 2 al. 7 LMI et au droit des marchés publics (art. 8 al. 2 p-AIMP) doivent être octroyées selon la procédure d'appel d'offres selon l'AIMP; cela permet évidemment aussi de remplir les exigences de l'art. 2 al. 7 LMI. Ce principe s'applique déjà aujourd'hui lorsqu'une concession est octroyée en tant que tâche publique selon le droit des marchés publics.
- Les concessions cantonales et communales qui ne sont pas concernées par l'art. 8 al. 2 p-AIMP mais uniquement par l'art. 2 al. 7 LMI doivent, selon cette disposition, au minimum faire l'objet d'une procédure d'appel d'offres non-discriminatoire.

41. Au contraire du droit des marchés publics, l'art. 2 al. 7 LMI ne règle pas l'achat par les pouvoirs publics de biens, services et constructions. Il s'applique essentiellement lorsque l'État limite l'accès au marché et contingente le nombre des offreurs (i) en raison d'une base légale ou (ii) pour régler l'usage à des fins commerciales de biens publics par les privés. Dans ces cas, les cantons et les communes doivent procéder à un appel d'offres public pour attribuer les «droits d'accès au marché» disponibles (concessions de monopole techniques, autorisations de contingents, concessions d'usage privatif, certaines concessions de service public, autorisations pour l'usage accru du domaine public, etc.) dans les «situations de monopole».¹⁷ Contrairement au droit des marchés publics, l'art. 2 al. 7 LMI s'applique ainsi lorsque les cantons et les communes portent atteinte, *de manière normative ou pour régler l'usage à des fins commerciales des biens publics*, à la structure

d'offre des marchés et limite le nombre d'acteurs économiques admis.

42. La «notion de monopole» au sens de l'art. 2 al. 7 LMI ne doit pas se comprendre dans un sens strictement économique, à savoir lorsqu'il n'existe objectivement, géographiquement et temporellement qu'un seul offreur dans le marché concerné. L'art. 2 al. 7 LMI s'applique dès qu'il y a limitation en droit ou dans les faits du nombre d'offreurs et que la concurrence dans le marché en cause est atteinte. La doctrine utilise également le terme de marchés fermés: «Du point de vue de la politique des marchés publics, cela ne fait pas de différence que l'État réserve un domaine de l'activité économique à un unique offreur privé ou qu'il n'accepte que quelques rares offreurs en concurrence sur le marché».¹⁸ Dans les deux cas, l'accès au marché doit être octroyé par le biais d'un appel d'offres public au sens de l'art. 2 al. 7 LMI.

43. Les exemples suivants illustrent le champ d'application de l'art. 2 al. 7 LMI:

- Monopole de la centrale des taxis en ville de Lausanne;
- Monopole des ramoneurs; monopole des géomètres (pour autant que cette activité ne soit pas considérée comme régaliennne);
- Services de secours et de sauvetage (lorsque l'État ne les fournit pas lui-même);
- Assurance bâtiments (pour autant que l'État ne la fournisse pas lui-même);
- Le transfert de l'usage de droits régaliens cantonaux aux privés (p. ex. régle du sel, concessions de prospection d'huiles minérales, etc.);
- Autorisations contingentées, p. ex. nombre d'autorisations de taxis limitées (le fait que l'État établisse un monopole juridique et n'admette qu'un seul offreur [concessions de monopole], ou qu'il admette plusieurs offreurs au sein du monopole [autorisation de contingent], ne joue aucun rôle du point de vue de l'art. 2 al. 7 LMI; dans les deux cas, l'accès au marché doit faire l'objet d'un appel d'offres pour les mêmes raisons de politique de la concurrence);
- Usage à des fins commerciales de biens publics et consommation de ressources, p. ex.:
 - o Panneaux d'affichage sur le domaine public
 - o Concessions d'extraction de gravier

¹⁶ Cf. déjà CRM 1999-006, JAAC 64.30, consid. 1b (batteries); CRM 2000-021/023, JAAC 65.80 (bouteilles); décision TA VD MPU.2013.0005 du 30 octobre 2013 (note 12); décision TA AG, WBE.2014.187 du 8 octobre 2014 (la délégation d'un tâche publique à des privés au moyen d'un contrat de prestations est soumis au droit des marchés publics; publication prévue dans la DPC).

¹⁷ NICOLAS DIEBOLD, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, RDS 133/2014, 219 ss, 224 s.

¹⁸ Traduction libre de: «Vergabepolitisch macht es keinen Unterschied, ob der Staat einen Bereich der wirtschaftlichen Tätigkeit einem einzigen privaten Anbieter exklusiv verhält, oder ob er einige wenige Anbieter im Gegenseitigen Wettbewerb zum Markt zulässt», cf. pour le tout DIEBOLD (note 17), 220, 243 s.; BERNHARD RÜTSCHÉ/NICOLAS DIEBOLD, in: Avenir Suisse Kantonsmonitoring Nr. 6 „Von alten und neuen Pfründen – Wie die Kantone Monopole stützen statt Märkte fördern“, 2014, titres 5 und 6.

- o Places pour forains lors de marchés annuels
- o Emplacements pour stands de marché (p. ex. marché hebdomadaire de la ville de Lucerne)

3.4.1 Exigences d'un appel d'offres public selon l'art. 2 al. 7 LMI

44. L'art. 2 al. 7 LMI ne contient volontairement aucune règle sur la manière de procéder à un appel d'offres public. Cette disposition garantit simplement que des exigences minimales soient respectées. Celles-ci peuvent se résumer comme suit:

45. L'attribution prévue doit faire l'objet d'une publication à l'avance. Lors de la publication, il faut indiquer qui peut participer à l'appel d'offres (critères d'aptitude) ainsi que les critères selon lesquels le «droit d'accès au marché» sera octroyé (critères d'adjudication). En règle générale, cela s'effectue selon des critères définis au préalable et publiés. Mais il est envisageable dans certains cas exceptionnels de procéder à l'octroi selon un système de rotation ou à la suite d'un tirage au sort. Si l'État a un intérêt à la maximisation de son revenu, alors l'adjudication peut se faire au(x) plus offrant(s).

46. L'appel d'offres doit respecter le principe de non-discrimination, à savoir que certains offreurs déterminés ne doivent pas être favorisés de manière ciblée sans motif objectif. Finalement, sur la base de l'art. 9 al. 1 et 2 LMI (voies de droit), la protection juridique doit être garantie.

47. L'obligation de procéder à un appel d'offres ne s'applique pas de manière absolue.¹⁹ L'État peut renoncer à un appel d'offres public lorsque c'est indispensable à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants, que les offreurs locaux ne sont pas favorisés et que la procédure de passation du marché choisie respecte le principe de la proportionnalité (art. 3 al. 1 LMI). Il serait p. ex. envisageable que lors de marchés bagatelles, il soit possible de renoncer à un appel d'offres dans des cas d'urgence impérieuse, en cas d'offres concertées, etc.

48. Pour l'essentiel, les art. 2 al. 7 et 9 al. 1 LMI concrétisent au niveau de la loi le principe constitutionnel de l'égalité de traitement entre concurrents (art. 27 et art. 94 Cst.) ainsi que les garanties de procédure et de voies de droit (art. 29 et 29a Cst.).

49. En comparaison, l'UE, avec l'entrée en vigueur de la Directive 2014/23/EU du 26 février 2014 sur l'attribution de contrat de concession, s'est choisie un système selon lequel, lors de l'octroi de concessions, seuls sont prescrits les principes à respecter, tout en laissant l'adjudicateur libre d'établir la procédure concrètement appliquée.²⁰ A ce sujet, le rapport explicatif sur le p-AIMP affirme de manière erronée que dans l'UE les concessions de construction et de services seraient soumises «au droit des marchés publics» (p. 17). Ce n'est pas le cas dans la mesure où ce type de concession n'est précisément pas soumis à la Directive 2014/24/EU du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics mais bien à la nouvelle Directive 2014/23/EU du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, qui prévoit un régime d'octroi plus flexible.

3.4.2 Champ d'application de l'art. 2 al. 7 LMI et délimitation du droit des marchés publics

50. Parmi la multitude de critères développés pour délimiter le droit des marchés publics des autres situations touchant à l'adjudication, deux éléments sont particulièrement importants, à savoir (i) l'accomplissement d'une tâche publique et (ii) le versement d'une rétribution par l'État. En principe, les deux critères doivent être remplis pour que le droit des marchés publics s'applique.

51. En revanche, l'art. 2 al. 7 LMI s'applique lorsque l'État limite par une réglementation le nombre d'offres dans un marché déterminé. A la différence de la conception «classique» du droit des marchés publics, l'art. 2 al. 7 LMI s'applique aussi ou même surtout lorsque (i) l'État ne participe pas financièrement à l'exercice de l'activité (à savoir lorsque ce n'est pas l'État mais le bénéficiaire des prestations ou un tiers [p. ex. des assurances] qui verse la rémunération) et (ii) lorsque le marché contingenté ou fermé ne sert pas à l'accomplissement de tâches publiques.

52. La systématique suivante peut se déduire de la loi actuelle sur le marché intérieur :

- Si une tâche cantonale ou communale tombe dans le champ d'application du droit des marchés publics et que le marché a été attribué de manière conforme au droit des marchés publics (art. 5 LMI), alors les exigences de l'art. 2 al. 7 LMI sont également remplies.
- En revanche, l'application de l'art. 2 al. 7 LMI doit toujours être examinée lorsque, par une réglementation, l'État contingente numériquement un marché, sans passer un marché public (que ce soit parce que l'État ne fournit pas de contre-prestation financière, parce qu'aucune tâche publique n'est effectuée ou parce qu'on ne se trouve pas en présence d'un marché public pour d'autres raisons [p. ex. initiative privée]).

53. Il apparaît ainsi que les nouvelles dispositions de l'art. 8 al. 2 p-AIMP ne constituent pas un substitut de l'art. 2 al. 7 LMI, en effet:

- Même en présence d'une tâche publique, l'application du droit des marchés publics peut être niée pour d'autres raisons (p. ex. absence de rémunération étatique, initiative privée, répartition des risques d'exploitation, etc.). Dans ce cas, l'art. 2 al. 7 LMI s'applique subsidiairement.
- Même si la tâche publique est définie de manière large et englobe aussi p. ex. les centrales de taxi, les ramoneurs et l'assurance bâtiments, l'art. 2 al. 7 LMI continue de s'appliquer aussi aux cas des marchés contingentés qui ne visent pas l'accomplissement d'une tâche publique (p. ex. les appels d'offres pour des régales cantonales ne seraient pas régis par le droit révisé des marchés

¹⁹ DIEBOLD (note 17), 225.

²⁰ Cf. art. 30 directive 2014/23/EU: «Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est libre d'organiser la procédure qui conduit au choix du concessionnaire sous réserve du respect des dispositions de la présente directive».

publics mais tomberaient toujours dans le champ d'application de l'art. 2 al. 7 LMI).

- Finalement, l'obligation de procéder à un appel d'offres selon l'art. 2 al. 7 LMI s'applique aussi, selon la doctrine majoritaire et la jurisprudence cantonale, à l'octroi de concessions pour l'usage à des fins commerciales de biens publics (concessions d'usage privatif).²¹ Dans ce cas à nouveau, le droit des marchés publics n'est pas applicable à l'octroi de concessions d'usage privatif, même dans sa version révisée.

3.4.3 Le motif de l'obligation de publier un appel d'offres

54. Lorsque l'État contigenté déjà numériquement les offreurs dans des marchés déterminés et choisit les offreurs, l'accès doit toujours être assuré par une publication publique. En voici les motifs :

- Dans un marché fermé, il manque une pression concurrentielle régulatrice en raison du nombre limité d'offres et de l'absence de nouveaux arrivants. Pour des raisons de concurrence, il faut cependant permettre aux offreurs économiquement les plus efficaces d'accéder au marché (que ce soit à l'égard du prix pour les clients finaux, de la qualité, de l'efficacité ou d'objectifs secondaires). La sélection des offreurs économiquement les plus efficaces se fait par une procédure d'appel d'offres flexible conformément à l'art. 2 al. 7 LMI.
- Du point de vue des droits individuels, l'État doit observer le principe de l'égalité de traitement entre concurrents resp. de la neutralité de l'État en matière de concurrence. Un appel d'offres public satisfait ces exigences au mieux.
- Une obligation d'appel d'offres découle en principe déjà des art. 27 et 94 Cst. Il est néanmoins beaucoup plus difficile pour un offreur lésé de défendre des droits constitutionnels devant les tribunaux; en outre, la LMI garantit les compétences d'intervention de la COMCO.

3.4.4 Légitimation d'un appel d'offres «light»

55. Finalement, il est justifié de ne pas avoir formellement recours aux procédures de passation du droit des marchés publics lors de l'octroi de «droits d'accès au marché» contingentés. La délivrance d'une autorisation pour une centrale de taxi municipale exclusive, l'octroi de concessions de ramoneurs ou de concessions d'usage privatif (interventions régulateurs sur le marché) répondent à des exigences différentes en matière de procédure d'attribution que les marchés publics. L'art. 2 al. 7 LMI offre aux autorités de régulation plus de flexibilité, surtout au niveau formel, que le droit des marchés publics de l'adjudicateur étatique, ce qui correspond d'ailleurs à la solution choisie par l'UE dans la Directive 2014/23/EU sur l'attribution de contrats de concessions.

4 Recommandations

56. Dans ce contexte, la COMCO émet les recommandations suivantes à l'intention du Conseil fédéral et de

l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp):

- (1) La Loi sur le marché intérieur doit être maintenue dans sa version actuelle et ne pas être révisée.
- (2) Afin que le p-AIMP puisse être appliqué de manière conforme à la Loi sur le marché intérieur en vigueur, la COMCO recommande au Conseil fédéral et à l'AiMp de prévoir dans la LMP et l'AIMP révisés un droit de recours pour les marchés d'une valeur d'au moins 50'000 francs.

57. Si contrairement aux recommandations de la COMCO, la Loi sur le marché intérieur devait être adaptée, une telle révision devrait, afin d'éviter un affaiblissement du droit du marché intérieur indésirable du point de vue de la politique en matière de concurrence, respecter dans tous les cas les principes suivants:

- (1) La disposition sur l'obligation de procéder à un appel d'offres en matière de concessions au sens de l'art. 2 al. 7 LMI doit être maintenue sans changement, contrairement au projet de révision.
- (2) Selon le projet de révision, les exigences minimales en matière de marchés publics cantonaux et communaux (art. 5 LMI) et de voies de droit (art. 9 al. 1 et 2 LMI) ne doivent nouvellement s'appliquer, dans le domaine des marchés publics, qu'aux cantons qui n'ont pas adhéré à l'AIMP 2015. En raison de la suppression des dispositions sur les marchés publics pour les cantons parties à ce concordat, les instruments de surveillance de la COMCO prévus par la Loi sur le marché intérieur, mentionnés au ch. 2, et en particulier son droit de recours, devraient être étendus à la surveillance du respect de l'AIMP, dans la mesure où celui-ci transpose les standards minimaux de l'art. 5 LMI.

²¹ Cf. TA ZH VB.2013.00439 du 3 octobre 2013 consid. 6.5; TA GL VG.2013.00061 du 6 novembre 2013; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (note 4), N 211; ETIENNE POLTIER, in: Martenet/Bovet/Tercier (note 4), LMI 2 Abs. 7 N 23; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zurich 2012, N 814 ss; DANIEL KUNZ, Konzessionen - Durchdachte Ausgestaltung und korrekte Vergabe, in: Zufferey/Stöckli (Éds), Aktuelles Vergaberecht 2012/Marchés Publics 2012, Zurich 2012, p. 205 ss, N 26 ss; FRANÇOIS BELLANGER, Marchés publics et concessions ?, in: Zufferey/Stöckli (Éds), Aktuelles Vergaberecht 2012/Marchés Publics 2012, Zurich 2012, p. 167 ss, N 101 ss; JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Le droit des „PPP“: état des lieux, in: Zufferey/Stöckli (Éds), Aktuelles Vergaberecht 2010/Marchés Publics 2010, Zurich 2010, 247 ss, N 45; DIEBOLD (note 17), 249; THOMAS ZWALD, Ausschreibung von Konzessionen, Die Volkswirtschaft 3/2010, p. 28 ss, 30; ALEXANDER REY/BENJAMIN WITTWER, Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz, unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereichs, AJP 5/2007, p. 585 ss, 588; DENIS ESSEIVA, Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'article 2 al. 7 LMI, BR 2006, p. 203 ss; cf. aussi expertise COMCO du 22 février 2010 concernant le renouvellement des contrats de concession entre Centralschweizerischen Kraftwerken AG et les communes lucernoises sur l'usage du domaine et des sols publics et la fourniture d'énergie électrique, DPC 2011/2 345; expertise COMCO du 28 juin 2010 à l'attention du Bezirksrat Schwyz au sujet du renouvellement des concessions pour l'exploitation de la force hydraulique en faveur des services industriels de l'Elektrizitätswerk des Bezirks Schwyz AG, DPC 2011/2 353; d'un autre avis: HANS-RUDOLF TRÜEB, in: Oesch/Weber/Zäch (note 4), LMP 5 N 17; HANS-RUDOLF TRÜEB/DANIEL ZIMMERLI, Keine Ausschreibungspflicht für Sondernutzungskonzessionen der Verteilnetzbetreiber, ZBI 2011, 113 ss; STEFAN RECHSTEINER/MICHAEL WALDNER, Netzgebietszuteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung, AJP 2007, 1288 ss.