

La Cour des comptes est souvent amenée à se prononcer sur des questions ayant trait à la commande publique¹ et plus spécifiquement au droit des marchés publics. L'État, les communes, les établissements publics autonomes, voire les entités subventionnées peuvent tous être amenés à être adjudicataires, c'est-à-dire à passer un contrat après que leur fournisseur a été choisi à l'issue d'une procédure de marché public.

De nombreuses personnes soumettent à la Cour des alertes dont l'objet est précisément la commande de biens ou de services par l'une ou l'autre collectivité. À partir d'exemples récents, présentés sous la forme de « Q&A », ou questions-réponses, cet article donne un aperçu des sujets traités récemment par la Cour et fournit des renvois aux publications sur le site de celle-ci.

1. Quel est le droit applicable ?

Le droit des marchés publics se caractérise par la multiplicité de ses sources, qui vont d'accords internationaux à des règles communales. La Suisse est ainsi partie à l'accord international sur les marchés publics, entré en vigueur pour notre pays le 1^{er} janvier 1996². Il a été révisé par la suite et est entré en vigueur dans sa forme actuelle le 1^{er} janvier 2021. Ces modifications ont eu des conséquences sur le droit interne avec l'adoption d'une loi fédérale révisée sur les marchés publics³, qui ne concerne toutefois que les autorités fédérales. La Confédération est aussi partie à des accords avec la Communauté européenne, qui sont pertinents en matière de droit des marchés publics⁴. Un exemple concret des conséquences sur les acteurs économiques genevois est développé dans cet examen sommaire du 10 mars 2021 : <https://cdc-ge.ch/publications/examen-sommaire-portant-sur-la-procedure-dappel-doffres-sur-le-marche-de-la-thermie-et-participation-de-siq/>

Dans un pays fédéral comme la Suisse, les cantons se donnent des instruments communs pour résoudre des questions qui les touchent tous : ce sont les concordats, ou accords intercantonaux. En matière de marchés publics, il y en a actuellement... deux : un premier⁵, de 1994, auquel le canton de Genève est partie et un second, qui date de 2019⁶, auquel ont adhéré ou sont en train d'adhérer une majorité de cantons suisses : <https://cdc-ge.ch/publications/examen-sommaire-portant-sur-lattribution-de-marches-par-les-tpg/> (examen sommaire tpgPreview)

¹ Lettre d'information n° 14 — Décembre 2021, p. 6 à 8 : <https://cdc-ge.ch/lettre-dactualite/>

² Accord révisé sur les marchés publics entré en vigueur le 1^{er} janvier 1996 : https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1996/609_609_609/fr

³ Loi fédérale sur les marchés publics du 21 juin 2019 : <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2020/126/fr>

⁴ Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics entré en vigueur le 1^{er} juin 2002 : <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2002/296/fr>

⁵ Pour le canton de Genève : accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP — L 6 05).

⁶ Au 1^{er} janvier 2023, seuls les cantons ou demi-cantons de Genève, Obwald, Tessin et Appenzell Rhodes extérieures n'étaient pas parties au nouvel AIMP ou n'étaient pas en cours de procédure d'adoption : <https://www.bpuk.ch/fr/dtap/concordats/aimp/aimp-2019>

2. Le droit des marchés publics est-il applicable à toutes les commandes que passent l'État, les communes, les établissements publics autonomes ou les entités subventionnées ?

La principale limitation à l'application du droit des marchés publics aux entités concernées par ces règles est la valeur de la commande. Cette valeur détermine tant la soumission ou non du marché que le mode de choix du cocontractant à ces règles :

Types de procédure	Marchés de fournitures	Marchés de services	Marchés de construction	
			Second œuvre	Gros œuvre et génie civil
Procédure de gré à gré	jusqu'à 100'000 F	jusqu'à 150'000 F	jusqu'à 150'000 F	jusqu'à 300'000 F
Procédure sur invitation	jusqu'à 250'000 F	jusqu'à 250'000 F	jusqu'à 250'000 F	jusqu'à 500'000 F
Procédure ouverte / Procédure sélective	dès 250'000 F	dès 250'000 F	dès 250'000 F	dès 500'000 F

Source : Annexe 2 au règlement cantonal sur les marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP – L 6 05.01)

Lors de la détermination de cette valeur, le pouvoir adjudicateur doit tenir compte des options susceptibles de s'ajouter à un prix de base, de même que de l'évolution de ses besoins. Ainsi, la commande de matériel sans tenir compte des options, voire l'augmentation de la quantité de matériel à acquérir, peuvent entraîner un dépassement des valeurs seuils : <https://cdc-ge.ch/publications/examen-sommaire-portant-sur-lattribution-de-marches-par-limad/>

3. Les contrats passés à la suite d'un marché public sont-ils limités dans le temps ?

Comme on l'a vu, le canton de Genève n'est pas (ou pas encore) partie à l'AIMP 2019, qui prévoit une durée maximum de cinq ans pour tout contrat attribué après une procédure de marché public. Cette limite dans le temps est néanmoins une bonne pratique qu'il convient d'observer. Des exceptions peuvent toutefois se justifier, par exemple lorsque la durée de vie d'un certain matériel est supérieure à cinq ans. Comme il s'agit d'une restriction de la concurrence, elle doit être fondée et d'une durée limitée : <https://cdc-ge.ch/publications/examen-sommaire-portant-sur-lattribution-de-marches-par-les-tpg/> (examen sommaire location des mopieurs)

4. L'État peut-il passer un contrat avec lui-même ou doit-il passer par une procédure de marchés publics ?

Les collectivités publiques peuvent être tentées de créer des sociétés qui leur fournissent des biens et des services. Dans un tel cas, doivent-elles se soumettre à une procédure de marché public ? Ce cas de figure n'est pas vraiment connu du droit suisse. Au sein de l'Union européenne, en revanche, il est fréquent que des communes créent ensemble une société destinée à leur rendre des services, par exemple dans le domaine de la voirie. Il s'agit d'une évolution qui est maintenant reprise dans l'AIMP 2019 : lorsque les pouvoirs adjudicateurs exercent sur la société qui leur fournit des prestations un contrôle équivalent à celui qu'ils détiennent sur leurs propres services, ils n'ont pas à passer par la mécanique des marchés publics : <https://cdc-ge.ch/publications/examen-sommaire-portant-sur-lattribution-de-marches-par-les-tpg/> (examen sommaire tpg Preview p. 2/3)

5. Le pouvoir adjudicateur peut-il passer un contrat avec le seul soumissionnaire restant à l'occasion d'une procédure d'adjudication ?

Selon l'article 47 du règlement cantonal sur les marchés publics du 17 décembre 2007⁷, la procédure peut être interrompue si le nombre d'offres reçues paraît insuffisant. Ce n'est toutefois pas une obligation, et le pouvoir adjudicateur peut parfaitement attribuer le marché lorsqu'il estime que l'unique offre restante remplit les conditions formelles et matérielles requises et que le prix ne paraît pas exagéré. Dans ce cas, le contrat peut être passé : <https://cdc-ge.ch/publications/examen-sommaire-portant-sur-lattribution-de-marches-par-la-ville-de-geneve/>

6. Quelle est la situation du concurrent qui a effectué une prestation préalable au marché à adjudger ?

Avoir effectué une prestation préalable à la passation d'un contrat à l'occasion d'un marché public constitue un avantage pour le soumissionnaire concerné, ne serait-ce qu'en raison de sa connaissance des attentes du pouvoir adjudicateur. Il lui est donc en principe interdit de déposer une offre. Toutefois, l'article 31 alinéa 2 RMP apporte un tempérament à cette règle. L'autorité adjudicatrice peut autoriser sa participation au marché public subséquent si elle motive cette exception dans les documents d'appel d'offres : <https://cdc-ge.ch/publications/examen-sommaire-portant-sur-lattribution-de-marches-par-limad/>

7. Les pouvoirs adjudicateurs sont-ils encore soumis à d'autres règles ?

Le droit des marchés publics est protéiforme : certes, les règles contenues dans l'AIMP sont les plus contraignantes en matière de marchés publics. Toutefois, une loi fédérale — la loi sur le marché intérieur⁸ — joue également un rôle important. Elle prescrit que toute personne physique ou morale peut offrir ses services ou ses produits sur l'ensemble du territoire de la Confédération une fois qu'elle est autorisée à le faire au lieu de son domicile.

⁷ RMP — L 6 05.01.

⁸ Loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI — RS 943.02) : https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1996/1738_1738_1738/fr

Une autorité ne peut pas privilégier par exemple les entreprises du canton ou certains offreurs sur la base de leur domicile : <https://cdc-ge.ch/publications/examen-sommaire-portant-sur-la-procedure-dappel-doffres-sur-le-marche-de-la-thermie-et-participation-de-sig/> p. 3

La Cour reçoit régulièrement des communications citoyennes qui attirent son attention sur des sujets identiques à ceux traités dans les lignes qui précèdent. L'importance des marchés publics dans la vie du canton est indéniable. Les autorités publiques ont développé des outils pour faciliter la participation à ces marchés, comme le guide romand pour les marchés publics⁹. Quant aux tribunaux cantonaux et au Tribunal fédéral, ils ont produit une jurisprudence ample et complexe.

Le rôle de la Cour est particulier : ni autorité judiciaire ni administration, elle vise à une meilleure utilisation des ressources à la disposition des collectivités publiques, notamment dans le domaine des marchés publics. Le résultat de ses missions d'audit et les réponses qu'elle réserve aux communications citoyennes constituent à la fois un miroir des difficultés qui peuvent se présenter et des propositions de bonnes pratiques.

François PAYCHÈRE, magistrat titulaire

⁹ <https://www.vd.ch/themes/etat-droit-finances/marches-publics/guide-romand/guide-romand>