

Marchés publics

¹ Les marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales sont régis par le droit cantonal ou intercantonal. Ces prescriptions, et les décisions fondées sur elles, ne doivent pas discriminer les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse [shyd](#) d'une manière contraire à [shyl](#) art. 3.

² Les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches cantonales et communales veillent 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 [shyd](#) d'attribution du marché, soient publiés dans un organe officiel. Ils tiennent compte à cet égard des engagements internationaux pris par la Confédération.

Öffentliche Beschaffungen

¹ Die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben richten sich nach kantonalem oder interkantonalem Recht. Diese Vorschriften und darauf gestützte Verfügungen dürfen Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht in einer Weise benachteiligen, welche Artikel 3 widerspricht.

² Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben sorgen dafür, dass die Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag amtlich publiziert werden. Sie berücksichtigen dabei die vom Bund eingegangenen staatsvertraglichen Verpflichtungen.

Appalti pubblici

¹ I mercati pubblici dei Cantoni, dei Comuni e degli altri enti preposti a compiti cantonali o comunali sono retti dal diritto cantonale o intercantonale. Tali prescrizioni e le decisioni fondate sulle stesse, non devono discriminare coloro che hanno il proprio domicilio o la propria sede in Svizzera, in modo contrario all'articolo 3.

² I Cantoni, i Comuni, come pure gli altri enti preposti a compiti cantonali e comunali vegliano affinché i progetti relativi ad acquisti pubblici di considerevole importanza a prestazioni di servizi e a lavori di costruzione, come pure i criteri di partecipazione e di aggiudicazione dell'appalto, siano pubblicati su un organo ufficiale. Tengono conto degli obblighi internazionali della Confederazione.

Bibliographie

- AUBERT/MAHON, Constitution, ad art. 95 Cst ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse I/II ; G. BIAGGINI, Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, in : D. Thürer et al. (édit.), Bilaterale Verträge I & II, p. 651 ss (*Abkommen*) ; T. COTTIER/B. MERKT, Die Auswirkungen der WTO und des Binnenmarktgesetzes auf das öffentliche Beschaffungswesen, in : von Büren/Cottier, Wettbewerbsordnung, p. 35 ss (*Beschaffungswesen*) ; M. FETZ, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, in : Cottier/Oesch (édit.), Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, p. 461 ss (*Beschaffungsrecht*) ; GRISEL, Droit administratif ; Y. HANGARTNER, ad Art. 190 BV, in : Ehrenzeller et al., Bundesverfassung (*Art. 190 Cst*) ; R. JACOBS, ad Art. 95 BV, in : Ehrenzeller et al., Bundesverfassung (*Art. 95 Cst*) ; MARTENET/RAPIN, Marché ; MOOR/POLTIER, Droit administratif II ; M. OESCH/T. ZWALD in : Oesch/Weber/Zäch, Wettbewerbsrecht II, ad Art. 5 BGBM ; W. PORTMANN, Die flankierenden Massnahmen I und II zum Abkommen über die Freizügigkeit, in : Thürer et al., Bilaterale Verträge I & II, p. 327 ss (*Flankierenden Massnahmen*) ; R. A. RHINOW, ad art. 31 aCst., in : Aubert et al. (édit.), Constitution (*Art. 31 aCst.*) ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, p. 353 ss ; R. SCHWEIZER, ad Art. 8 BV, in : Ehrenzeller et al., Bundesverfassung (*Art. 8 Cst*) ; SENTI/BALTENSPERGER, Binnenmarkt ; H. R. TRÜEB, in : Oesch/Weber/Zäch, Wettbewerbsrecht II, ad Art. 1-35 BöB ; K. VALLENDER, ad Art. 27 BV, in : Ehrenzeller et al., Bundesverfassung (*Art. 27 Cst*) ; D. VEUVE, Mesures *shyd*'accompagnement dans le domaine des personnes, in : Felder/Kaddous, Accords, p. 283 ss (*Mesures shyd'accompagnement*) ; ZWALD, BGBM, p. 438 ss. *Eg.* S. ARROWSMITH, The Law of Public and Utilities Procurement, 2^e éd., Londres 2005 (*Utilities*) ; G. AUBERT, Soumissions publiques et conventions collectives de travail, in : C.-A. Morand (éd.), Les instruments *shyd*'action de *shyl*'Etat, Bâle 1991, p. 147-176 (*Soumissions*) ; A. AUER/V. MARTENET, Les monopoles cantonaux et communaux face à la Loi sur la marché intérieur, Avis de droit complémentaire, DPC 2004/1, p. 314 ss (Monopoles) ; A. BASS/A. CRAMERI/H. LANG/V. MALFANTI/P. SPÖRRI, Die Anwendung des Binnenmarktgesetzes auf Ortsansässige, ZBl 2000, p. 249-254 (*Anwendung*) ; F. BELLANGER/C. BOVET, Marché de *shyl*'affichage public ou marché public de *shyl*'affichage ?, DC 1999, p. 164-166 (*Affichage*) ; F. BELLANGER, Les jurisprudences récentes en droit des marchés publics, in : J.-B. Zufferey/H. Stöckli (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2010/Marchés publics 2010, Zurich 2010, p. 403 ss (*Jurisprudences*) ; M. BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Ein Beitrag zur Dogmatik der Marktteilnahme der Gemeinwesen, thèse, Fribourg 2004 (*Beschaffung*) ; M. BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts : Die Vergabeprinzipien und ihre Konkretisierung in der Rechtsprechung der Eidgenössischen Rekurskommission, Zurich 2008 (*Ziele*) ; M. BEYELER, Der objektive Geltungsbereich des Vergaberechts, in : J.-B. Zufferey/H. Stöckli (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2008/Marchés publics 2008, Zurich 2008, p. 65 ss (*Geltungsbereich*) ; M. BEYELER, In-house-Vergaben, in : J.-B. Zufferey/H. Stöckli (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2010/Marchés publics 2010, Zurich 2010, p. 17 ss (*In-house*) ; G. BIAGGINI, Geltende Rechtsetzungskompetenz im schweizerischen Vergaberecht und Alternativen : Eine bewertende Studie aus staatsrechtlicher Sicht, Zurich 2003, <<http://www.bbl.admin.ch/bkb/00389/02604/02651/02653/index.html?lang=fr>> ; G. BIAGGINI, Verfassungsrechtliche Abklärungen im Zusammenhang mit der Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, Zurich 2005, <<http://www.bbl.admin.ch/bkb/00389/02604/02651/02653/index.html?lang=fr>> ; D. BIGGAR, Passation des marchés publics – Note de référence, Revue de *shyl*'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence, vol. 1 n° 4, p. 104-125 (*Passation*) ; C. BOCK, Das europäische Vergaberecht für Bauaufträge, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1993 (*Vergaberecht*) ; C. BOCK, Das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen und seine Umsetzung ins schweizerische Submissionsrecht, PJA 1995, p. 709-718 ; C. BOVET, Les marchés publics face au droit de la concurrence, in : J.-B. Zufferey/H. Stöckli (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2010/Marchés publics 2010, Zurich 2010, p. 377 ss (*Marchés publics*) ; C. BOVIS, EC Public Procurement : Case Law and Regulation, Oxford/New York 2006 (*Case Law*) ; B. CHRIST, Die Submissionsabsprache, thèse, Fribourg 1999 (*Submissionsabsprache*) ; E. CLERC, Le sort du contrat conclu en violation des règles sur les marchés publics, PJA 1997, p. 804 ss (*Contrat*) ; E. CLERC, *shyl*'L'ouverture des marchés publics : Effectivité et protection juridique, thèse, Fribourg 1997 (*Marchés*) ; E. CLERC, La mondialisation des marchés publics : bilan et perspective de *shyl*'accord OMC sur les marchés publics, in : D. Batselé et al., Les marchés publics à *shyl*'aube du XXI^e siècle, Bruxelles 2000, p. 141-194 (*Mondialisation*) ; E. CLERC, Le champ *shyd*'application du droit des marchés publics et les différentes procédures possibles, in : Colloque Marchés publics 2002, Fribourg 2002 (*Champ shyd'application*) ; E. CLERC, Droit des marchés publics, in : cemaj, Le droit pour le praticien 2008/2009, p. 45 ss (*Marchés publics 2008/09*) ; E. CLERC/M. VIRO MOSER, Droit des marchés publics, in : cemaj, Le droit pour le praticien 2009/2010, p. 49 ss (*Marchés publics 2009/10*) ; E. CLERC/Y. FAUCHÈRE, Droit des marchés publics, in : cemaj, Le droit pour le praticien 2010/2011, p. 43 ss (*Marchés publics 2010/11*) ; COMMISSION SUISSE DES CARTELS, Les soumissions et les achats de la Confédération, des cantons et de certaines communes, Publ. CCSPR 1988/2 ; COMMISSION DE GESTION DU CONSEIL NATIONAL, Rapport LMI du 27 juin 2000, in : FF 2000, p. 5603 ss ; CONFÉRENCE ROMANDE DES TRAVAUX PUBLICS, Guide romand pour *shyl*'adjudication des marchés publics et annexes, décembre 1999, mise à jour régulière, <<http://www.marches-publics.vd.ch>> ; T. COTTIER/A. CAPLAZI, Marktzugang, Strukturhaltung und Sozialdumping : Ungelöste Spannungsfelder im öffentlichen Beschaffungswesen, in : P. Forstmoser/H.C. Von der Crone/R.H. Weber/D. Zobl (édit.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz – Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zurich 1999, p. 257-279 (*Spannungsfelder*) ; T. COTTIER/B. MERKT, La fonction fédérative de la liberté du commerce et de *shyl*'industrie et la loi sur le marché intérieur suisse : *shyl*'influence du droit européen et du droit international économique, in : P. Zen-Ruffinen/A. Auer (édit.), De la Constitution : Etudes en *shyl*'honneur de Jean-François Aubert, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996, p. 449 ss (*Influence*) ; T. COTTIER/S. PANNATIER/M. WAGNER, Les accords du GATT/OMC et la construction, DC 1995/2, p. 27 ss (*Accords*) ; T. COTTIER/M. WAGNER, Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM), Übersicht und kurzer Kommentar, PJA 1995, p. 1582 ss (*BGBM*) ; A.

CRAMERI, Das öffentliche Beschaffungswesen aus der Sicht Graubünden, ZGRG 1998, p. 130 ss (*Beschaffungswesen*) ; P. DANIOTH/H. LANG, Das bilaterale Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, DC 1999/2, p. 61 ss (*Beschaffungswesen*) ; C. DE KONINCK/W. PELZER/T. RONSE, Europäisches Vergaberecht : 25 Jahre Rechtsprechung durch den Europäischen Gerichtshof, Berne 2009 (*Vergaberecht*) ; DTAP/CDEP, Message du 28 avril 1995 relatif à [shyl](#)'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 25 novembre 1994 ; J. DUBEY, Le concours en droit des marchés publics – La passation des marchés de conception, en particulier [shyd](#)'architecture et [shyd](#)'ingénierie, thèse, Fribourg 2005 (*Concours*) ; J. DUBEY, La pratique judiciaire depuis 2006, in : J.-B. Zufferey/H. Stöckli (édit.), Actuelles Vergaberecht 2008/Marchés publics 2008, Zurich 2008, p. 375 ss (*Pratique*) ; M. FETZ, Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen – Gesammelte Rechtsprechung ab 1996 bis und mit 2006, Berne 1.1.2007, <<http://www.bbl.admin.ch/bkb/00389/02558/index.html?lang=fr>> (*Gesammelte Rechtsprechung*) ; A. EGGER, Europäischer Vergaberecht, Baden-Baden 2008 (*Vergaberecht*) ; D. ESSEIVA, Mise en concurrence de [shyl](#)'octroi de concessions cantonales et communales selon [shyl](#)'article 2 al. 7 LMI, DC 3/2006, p. 203 ss (*Concessions*) ; P. GALLI, Rechtsprechung der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) : die ersten Entscheide und ihre Tragweite, in : N. Michel/R. Zäch (édit.), Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz : erste praktische Erfahrungen und Entwicklungen, Zurich 1998, p. 103 ss (*Beschaffungswesen*) ; P. GALLI/D. LEHMANN/P. RECHSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zurich 1996 (*Beschaffungswesen*) ; P. GALLI/A. MOSER/E. LANG/E. CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts – Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes, der Kantone und der Europäischen Union, vol. I, Zurich 2007 (*Beschaffungsrecht*) ; P. GAUCH, Das neue Beschaffungswesen des Bundes – Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994, RDS 1995 I, p. 313 ss (*Bundesgesetz*) ; P. GAUCH, Vergabeverfahren und Vergabegrundsätze nach dem neuen Vergaberecht des Bundes, DC 1996/4, p. 99-105 ; P. GAUCH, Der Werkvertrag, Zurich 1996 (*Werkvertrag*) ; P. GAUCH, Die Liberalisierung des öffentlichen Baurechts und viele Fragen, in : Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Baurechtstagung, Fribourg 1997, vol. I, p. 2 ss (*Liberalisierung*) ; P. GAUCH/H. STÖCKLI, Thèses sur le nouveau droit fédéral des marchés publics, Fribourg 1999 (*Marchés publics*) ; Y. HANGARTNER, Ist das Binnenmarktgesetz verfassungskonform ?, in : NZZ 7. 7. 1994, p. 13 (*Binnenmarktgesetz*) ; B. HOEKMAN/P. MAVROIDIS (édit.), Law and policy in public purchasing : the WTO agreement on government procurement, Ann Arbor 1997 (*WTO agreement*) ; R. HÜRLIMANN, Unternehmervarianten – Risiken und Problembereiche, DC 1996/1, p. 3 ss (*Unternehmervarianten*) ; M.-G. INEICHEN-FLEISCH/B. WERNLI, Umweltfreundliche Beschaffung : Beschaffungsvorschriften und Spielraum bei Bund, Kantonen und Gemeinden, VGL Information 1998/2, p. 6 ss (*Beschaffung*) ; H. KELLER/W. STOCKER, WTO und GATT '94 aus umweltrechtlicher Sicht, URP 1994, p. 457 ss (*WTO*) ; G. KUNNERT, WTO-Vergaberecht – Genese und System sowie Einwirkungen auf das EG-Vergaberegime, Baden-Baden 1998 ; H. LANG, Binnenmarkt : Aktuelle Fragen bei der Anwendung des Binnenmarktgesetzes und der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen – Das Abkommen Schweiz-EU über das öffentliche Beschaffungswesen, in : N. Michel/R. Zäch (édit.), Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz : erste praktische Erfahrungen und Entshywickshylungen, Zurich 1998, p. 15 ss (*Binnenmarkt*) ; H. LANG, Die Wandlungen im öffentlichen Beschaffungswesen der Kantone, insbesondere des Kantons Zürich, PBG 1999/4, p. 5 ss (*Wandlungen*) ; H. LANG, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, ZBI 2000, p. 225 ss (*Offertenbehandlung*) ; A. LEUTHOLD, Offertverhandlungen im öffentlichen Vergabeverfahren, thèse, Zurich/Bâle/Genève 2009 ; M. LIENEMEYER, « Öffentlicher Auftraggeber » im Vergaberecht – das Beispiel der Messesgesellschaften, EWS 2000, p. 448 ss (*Auftraggeber*) ; D. LUTZ, Die fachgerechte Auswertung von Offerten – Spielräume, Rezepte und Fallstricke, in : J.-B. Zufferey/H. Stöckli (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2008, p. 215 ss ; V. MALFANTI, Due esempi di applicazione della normativa sulle commesse pubbliche, RDAT I-2002, p. 97-101 (*Due esempi*) ; P. MAVROIDIS, Trade and Environment after the *Shrimps-Turtles* Litigation, JWT 2000/34 n° 1, p. 73 ss (*Environment*) ; M. METZ/G. SCHMIDT, Rechtsgrundlagen des öffentlichen Beschaffungswesens, ZBI 1998, p. 49 ss (*Rechtsgrundlagen*) ; N. MICHEL, La conclusion des marchés publics : les procédures de mise en soumission et [shyd](#)'adjudication des travaux et fournitures par les collectivités publiques : droit suisse et droit international, thèse, Genève 1979 (*Conclusion*) ; N. MICHEL, Soumissionner en Suisse, in : Journées du droit de la construction, Fribourg 1995, p. 22 ss (*Soumissionner*) ; N. MICHEL, Les marchés publics dans la jurisprudence européenne, Fribourg 1995 (*Marchés publics*) ; N. MICHEL, Droit public de la construction, Fribourg 1996 (*Construction*) ; N. MICHEL/E. CLERC/V. CARRON/J. FOURNIER, La protection juridique dans la passation des marchés publics – Etude de droit comparé – Règles types et rapport explicatif, Fribourg 2002 (*Protection juridique*) ; N. MICHEL/J.-B. ZUFFEREY, Le Registre professionnel des entreprises et les marchés publics, DC 1994/1, p. 11 ss (*Registre*) ; A. MOSER, Überblick über die Rechtsprechung 1998/99 zum öffentlichen Beschaffungswesen, PJA 2000/6, p. 682 ss (*Überblick*) ; J. P. MÜLLER/M. SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz : im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO Pakte, 4^e éd., Berne 2008 (*Grundrechte*) ; OCDE, Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics, Paris 2009, <<http://www.oecd.org/competition/bidrigging>> (16.07.2011) (*Soumissions*) ; J. PICTET/D. BOLLINGER, Aide multicritère à la décision : Aspects mathématiques du droit suisse des marchés publics, DC 2000/2, p. 63 ss (*Marchés publics*) ; E. POLTIER, Les marchés publics : premières expériences vaudoises, RDAF 2000, p. 297 ss ; E. POLTIER, Les pouvoirs adjudicateurs – Champ [shyd](#)'application personnel des droits des marchés publics, PJA 2008, p. 1107 ss (*Pouvoirs adjudicateurs*) ; E. POLTIER, Les subventions, in : A. Lienhard (édit.), Finanzrecht, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, vol. X, Bâle 2011, p. 343 ss (*Subventions*) ; H.-J. PRIESS, Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, Cologne et al. 1994 (*Auftragswesen*) ; H.-J. PRIESS, Handbuch des europäischen Vergaberechts – Gesamtdarstellung der EU/EWR-Vergaberegeln mit Textausgabe, Köln/Berlin/München 2005 ; P. RICHLI, Neues Kartellgesetz und Binnenmarktgesetz – Überblick und Würdigung aus öffentlichrechtlicher Sicht, PJA 1995/5, p. 593 ss (*Kartellgesetz*) ; F. RITTNER, Die « sozialen Belange » i. S. der EG-Kommission und das inländische Vergaberecht, EuZW 1999, p. 677 ss (*Vergaberecht*) ; O. RODONDI, Le droit cantonal des marchés publics, in : RDAF 1999 I p. 265 ss ; O. RODONDI, Les délais en droit des marchés publics, in : RDAF 2007 I p. 277 ss ; C. ROOS, Möglichkeiten

und Grenzen interkantonaler Vereinbarungen unter besonderer Berücksichtigung des Konkordates über das öffentliche Beschaffungswesen, LeGes 1995/1, p. 23 ss (*Vereinbarungen*) ; U. RUST, GWB-Vergaberecht und soziale Standards, EuZW 1999, p. 453 (*GWB*) ; U. RUST, Die sozialen Kriterien im Vergaberecht, EuZW 2000, p. 205 ss (*Vergaberecht*) ; B. SCHAEERER, Subventionen des Bundes zwischen Legalitätsprinzip und Finanzrecht, Coire/Zurich 1992 (*Subventionen*) ; E. SCHEIDEGGER, Schweiz-EG 92 : Mehr Wettbewerb durch den Binnenmarkt, Coire/Zurich 1992 (*Binnenmarkt*) ; R. J. SCHWEIZER, Betrachtungen zum Vorentwurf eines Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM), PJA 1994, p. 739 ss (*Binnenmarkt*) ; H. STÖCKLI, Das Vergaberecht der Schweiz : Überblick – Erlasse – Rechtsprechung, 7^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2008 ; P. TERCIER, La libéralisation du marché de la construction, in : Journées du droit de la construction, Fribourg 1997, vol. I, p. 2 ss (*Libéralisation*) ; P. TERCIER/A. RAAS/M. WAGNER/P. ZURKINDEN, Politique de la concurrence de la Suisse dans un contexte international, La Vie économique 1998/2, p. 12 ss ; P. TREPTE, Public Procurement in the EU, 2^e éd., Oxford/New York 2007 (*Public*) ; S. ULRICH, Öffentliche Aufträge an Architekten und Ingenieure unter besonderer Berücksichtigung des neuen Bundesrechts, in : A. Koller (édit.), Bau- und Bauprozessrecht : Ausgewählte Fragen, Saint-Gall 1996, p. 127 ss (*Öffentliche Aufträge*) ; P. VALADOU, La notion de pouvoir adjudicateur en matière de marchés de travaux, [shy](#)L'Entreprise 1991/3, p. 33 ss (*Pouvoir adjudicateur*) ; K. VALLENDER, Grundzüge der « neuen » Wirtschaftsverfassung, PJA 1999/6, p. 677 ss (*Wirtschaftsverfassung*) ; L. WASESCHA, Öffentliches Beschaffungswesen und Umsetzung der Verhandlungsergebnisse der Uruguay-Runde in Bund und Kantone, in : T. Cottier (édit.), GATT-Uruguay-Round, Berne 1995, p. 173 ss (*Beschaffungswesen*) ; L. WASESCHA, La libéralisation des marchés publics – Quelles sont les prochaines étapes ?, La Vie économique 1999/9, p. 28 ss (*Libéralisation*) ; K. WEBER, Das neue Binnenmarktgesetz, in : RSDA 1996, p. 164 ss (*Binnenmarktgesetz*) ; R. WOLF, Freihändige Beschaffung – Handlungsfreiheiten und ihre Grenzen, in : J.-B. Zufferey/H. Stöckli (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2010/Marchés publics 2010, Zurich 2010, p. 127 ss (*Freihändige*) ; K. WUNDER, Die Binnenmarktfunktion der schweizerischen Handels- und Gewerbefreiheit im Vergleich zu den Grundfreiheiten in der Europäischen Gemeinschaft, thèse, Bâle 1998 (*Binnenmarktfunktion*) ; R. ZÄCH, Die Rolle der Wettbewerbskommission im Submissionswesen, in : N. Michel/R. Zäch (édit.), Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz, Zurich 1998, p. 59 ss (*Rolle*) ; P. ZEN-RUFFINEN, Marchés publics : pratiques suisses, in : N. Michel (édit.), Aspects du droit des marchés publics – Droit suisse, droit européen et droit comparé, Fribourg 1992, p. 1 ss (*Marchés publics*) ; J.-B. ZUFFEREY/J. DUBEY, Etude comparative en droit des marchés publics de la Confédération et des cantons, rapport relatif au mandat de recherche confié à [shy](#)l'Institut suisse et international de la Construction par la Commission des achats de la Confédération, Fribourg 2003 (*Marchés publics*) ; J.-B. ZUFFEREY/C. MAILLARD/N. MICHEL, Droit des marchés publics, Fribourg 2002 ; J.-B. ZUFFEREY/B. REVAZ, Le nouveau droit des marchés publics : introduction, sources légales et autres documents pratiques, 2^e éd., Fribourg 1998 ; J.-B. ZUFFEREY, Le droit des « PPP » : état des lieux, in : J.-B. Zufferey/H. Stöckli (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2010/Marchés publics 2010, Zurich 2010, p. 247 ss (*PPP*) ; J.-B. ZUFFEREY, Le champ [shyd](#)'application du droit des marchés publics, in : J.-B. Zufferey/H. Stöckli (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2008/Marchés publics 2008, Zurich 2008, p. 145 ss (*Champ shyd'application*) ; J.-B. ZUFFEREY/H. STÖCKLI (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2010/Marchés publics 2010, Zurich 2010 ; J.-B. ZUFFEREY/H. STÖCKLI (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2008/Marchés publics 2008, Zurich 2008.

Travaux préparatoires

[style-spacing=wide3](#)Mess-LMI, FF 1995 I 1230-1231, 1234-1235, 1237, 1247-1250 ; Message relatif à [shyl](#)'approbation des accords du GATT/OMC (Cycle [shyd](#)'Uruguay) (Message 1 GATT), du 19 septembre 1994, n° 94.079, FF 1994 IV 1-994 (*Mess-1 GATT*) ; Message relatif aux modifications à apporter au droit fédéral dans la perspective de la ratification des accords du GATT/OMC (Cycle [shyd](#)'Uruguay) (Message 2 GATT), du 19 septembre 1994, n° 94.080, FF 1994 IV 995-1259 (*Mess-2 GATT*) ; Message du 23 juin 1999 relatif à [shyl](#)'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999 5440 ss (5511-5521) (*Mess-AccordsSectoriels*) ; Département fédéral des finances, Rapport explicatif du 1^{er} janvier 2010 sur le projet de consultation concernant la révision de [shyl](#)'ordonnance fédérale sur les marchés publics, Berne 2010 ; Département fédéral des finances, Rapport explicatif du 30 mai 2008 sur le projet de consultation concernant la révision de la loi fédérale sur les marchés publics, Berne 2008, <<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/01239/index.html?lang=fr>> (*Rapp-AP-LMP*) ; Département fédéral des finances, AP-LMP : Rapport du 18.11.2009 sur les résultats de la procédure de consultation, Berne 2009, <<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/01611/index.html?lang=style-break=justifyfr>>.

Plan

N

I.	Généralités	1	
A.	Présentation	1	
1.	Contenu de la disposition	1	
2.	Intégration dans le système de la loi	3	
B.	Origine de la règle	11	
C.	Contexte	15	
1.	Rôle modèle du droit de shy l'Union européenne et du droit international économique	15	
2.	Répartition des compétences entre Confédération et cantons	20	
3.	Réglementations applicables	26	
a)	Marchés publics fédéraux	26	
b)	Marchés publics cantonaux et communaux	30	
4.	Rapport entre shy l'art. 5 LMI et les droits cantonaux/communaux	36	
5.	Interdiction de la discrimination à rebours et clause de la nation la plus favorisée conditionnelle	40	
6.	Compétences de la Commission de la concurrence	45	
II.	Analyse	55	
A.	Champ shy d'application	55	
1.	Notion de marché public	56	
a)	Définition	56	
b)	Concessions	61	
c)	Subvention, dotation en capital ou apport en nature	64	
d)	Marché <i>in house</i> ou délégation interne à shy l'administration	68	
e)	Coopération entre pouvoirs adjudicateurs	77	
2.	Types de marchés publics	80	
a)	Types de marchés	80	
b)	Marchés mixtes	81	
3.	Valeur des marchés	82	
4.	Pouvoirs adjudicateurs visés	85	
a)	Cantons et communes	87	
b)	Organes assumant des tâches cantonales et communales ..	89	
c)	Organismes de droit public	93	
d)	Entreprises publiques, entités privées titulaires de droit spéciaux ou exclusifs et autres entités passant un marché subventionné	105	
5.	Cercle des soumissionnaires	109	
B.	Libre accès et restrictions	116	
1.	Principe de non-discrimination	116	
a)	Portée	116	
b)	Transparence	130	
c)	Critères environnementaux et sociaux	131	
2.	Restrictions justifiées à shy l'accès aux marchés publics	135	
3.	Conditions de travail	145	
a)	Soumissionnaires établis en Suisse	148	
b)	Soumissionnaires établis à shy l'étranger	153	
c)	Absence de discrimination à rebours	166	
C.	Passation des marchés de grande importance (art. 5 II LMI)	168	

I. Généralités

A. Présentation

1. Contenu de la disposition

- 1 L'**art. 5 I LMI** constitue une **loi limitée aux principes**. Il confère un droit [shyd](#) d'accès non discriminatoire aux marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs de **niveaux cantonal et communal**. Les marchés de niveau fédéral échappent entièrement à la LMI (Mess-LMI, p. 1230 s. et 1234 ; *infra* N 86). [shyl](#) L'applicabilité de [shyl](#) l'art. 5 I LMI est en outre limitée aux seules relations intercantionales et intercommunales. Dans le cadre des exi[shy](#)gences minimales de la LMI, il appartient au « **droit cantonal ou intercantonal** » de régir la passation des marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales (Mess-LMI, p. 1249 s. ; WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 164 ; *infra* N 25 et 36-39).
- 2 L'**art. 5 II LMI** constitue une **harmonisation minimale** de la passation des **marchés « de grande importance »**. Il exige la publication [shyd](#) d'un appel [shyd](#) d'offres ainsi que celle des cri[shy](#)tères [shyd](#) aptitude et [shyd](#) adjudication.

2. Intégration dans le système de la loi

- 3 Le **droit [shyd](#) d'accès** aux marchés publics de [shyl](#) l'art. 5 LMI constitue une *lex specialis* par rapport à la règle générale de libre accès au marché prévue à l'**art. 2 LMI**. Alors que [shyl](#) l'accès au marché est fondé à [shyl](#) l'art. 2 sur le respect des dispositions applicables au lieu de provenance des marchandises ou des prestataires de services, il implique, en matière de marchés publics, le respect des **règles applicables au lieu de passation du marché**, pour autant que ces règles ne soient pas discriminatoires (Mess-LMI, p. 1247 s.). Il découle de la relation de spécialité entre ces deux dispositions que, lorsque [shyl](#) l'accès à un marché public ne peut être déduit de [shyl](#) l'art. 5 LMI, il ne peut pas être fondé sur la règle générale de [shyl](#) l'art. 2 LMI. En revanche, [shyl](#) l'art. 5 LMI ne règle pas spécialement les conditions justifiant [shy](#)-d'éventuelles restrictions à [shyl](#) l'accès aux marchés publics, de sorte [shy](#)qu'il faut se reporter à la règle générale de [shyl](#) l'**art. 3 LMI** (*infra* N 5 et 116-167).
- 4 L'art. 5 LMI [shys](#) inscrit dans le cadre du but général de l'**art. 1 LMI**. Il vise et est limité à la réalisation du **marché intérieur suisse** en matière de marchés publics. Il [shyn](#)'a [shyd](#) effet que

sur le plan interne et ne protège que les soumissionnaires ayant leur domicile, leur siège ou leur établissement en Suisse (*infra* N 109 ss). Le droit [shyd](#) d'accès des soumissionnaires domiciliés ou établis **dans [shyd](#) autres Etats** aux marchés publics passés en Suisse est régi par le droit international, en particulier [shyl](#) l'Accord OMC sur les marchés publics (Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics, RS 0.632.231.422, AMP ; *infra* N 27 et 31), [shyl](#) l'Accord bilatéral sur les marchés publics (Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics, RS 0.172.052.68, Accord MP ; *infra* N 28), la Convention AELE (art. 34, 37 et Annexe R, RS 0.632.31) et de nombreux accords de libre-échange (*infra* N 27). Les accords internationaux sont mis en œuvre par les réglementations fédérales, intercantionales, cantonales et communales applicables à la passation des marchés publics (Mess-LMI, p. 1239 ; *infra* N 29-35 et 113).

Des **restrictions** au principe du libre accès aux marchés publics ne sont admises [shy](#) qu'aux 5 conditions de l'**art. 3 LMI**, [shyc](#) est-à-[shyd](#) dire si elles sont appliquées de manière non discriminatoire, poursuivent un intérêt public et répondent au principe de proportionnalité (OESCH/ZWALD, BGBM, Art. 5 N 2 ; *infra* N 116-167).

L'**art. 6 LMI** vise à éviter que des personnes établies dans [shyd](#) autres Etats ou dans des 6 cantons parties à un accord intercantonal ne soient mieux traitées que des personnes établies en Suisse, respectivement dans un canton non partie à un accord intercantonal. Il ne présente [shy](#) qu'un intérêt limité en matière de marchés publics, compte tenu de [shyl](#) l'harmonisation de fait très large réalisée par [shyl](#) l'art. 5 LMI et par [shyl](#) l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics, dans sa version modifiée le 15 mars 2001 (AIMP, RSN 601.71 ; *infra* N 35-39). Inversement, l'**art. 6 IV Accord MP** et [shyl](#) l'art. 7 *i.f.* de [shyl](#) l'Annexe R à la **Convention AELE** créent une réserve au principe général de non-discrimination pour ce qui concerne soit les mesures rendues nécessaires par le développement du marché intérieur suisse, soit celles résultant du traitement préférentiel accordé en vertu [shyd](#) accords [shyd](#) intégration économique régionale existants ou futurs avec des pays tiers. Cette réserve limite la portée du principe du traitement national et de la clause de la nation la plus favorisée (art. 6 I/a/i et ii Accord MP ; art. 6 Annexe R à la Convention AELE) accordés aux produits et soumissionnaires provenant des Etats membres de [shyl](#) l'UE ou de [shyl](#) l'AELE.

La passation des marchés publics doit être distinguée de [shyl](#) l'attribution de **concessions de 7 travaux ou de services**, en particulier lorsqu'une telle concession est liée à la transmission de [shyl](#) l'exploitation [shyd](#) un **monopole** cantonal ou communal à une entreprise privée au sens de l'**art. 2 VII LMI** (*infra* N 61-63 ; cf. LMI 2 VII).

Les restrictions à la liberté [shyd](#) d'accès aux marchés publics prévue à [shyl](#) l'art. 5 LMI doivent 8 faire [shyl](#) l'objet de **décisions** qui sont sujettes à **recours** devant au moins une autorité

juridictionnelle cantonale, aux conditions fixées à l'**art. 9 LMI**. Un recours ultérieur au Tribunal fédéral peut être déposé aux conditions prévues par les règles ordinaires de la LTF, [shy](#)qu'il [shy](#)s'agisse du recours en matière de droit public ou du recours constitutionnel subsidiaire (cf. LMI 9 N 127 ss).

- 9 [style-spacing=narrow2](#)La **Commission de la concurrence** peut, depuis [shy](#)l'entrée en vigueur de la Loi sur les cartels (LCart) le 1^{er} juillet 1996, immédiatement exercer les compétences non contraignantes que lui confèrent les **art. 8 et 10 LMI** ainsi que les règles de la **LCart** en matière de restrictions de droit public ou de droit privé à la concurrence en matière de marchés publics (CLERC, *Marchés*, p. 442 s. ; ZÄCH, *Rolle*, p. 59 ss ; *infra* N 40-44). En outre, [shy](#)l'art. 9 II^{bis} LMI, introduit par la révision du 16 décembre 2005, confère à la Comco la qualité pour recourir en cas de restriction induite à [shy](#)l'accès au marché, tout en limitant les conclusions de cette autorité à la seule constatation de la violation de la LMI. Cette disposition trouve aussi application en matière de marchés publics (cf. LMI 9 N 91-93, 101, 135).
- 10 [style-top=5.2pt](#)La LMI, et en particulier ses art. 3 et 5, est **entrée en vigueur** le 1^{er} juillet 1996 et devait être respectée dès cette date dans les décisions relatives à des marchés tombant dans le champ [shy](#)d'application de la LMI et dans le droit nouvellement adopté. L'**art. 11 I LMI** conférait aux cantons, et le cas échéant aux communes, un délai de deux ans, échu le 1^{er} juillet 1998, pour adapter leurs prescriptions existantes, y compris les dispositions [shy](#)d'organisation judiciaire nécessaires à garantir la voie de recours exigée par [shy](#)l'art. 9 LMI. Cette règle [shy](#)d'ordre [shy](#)n'avait pas pour effet de repousser [shy](#)l'application des dispositions matérielles de la LMI, devenues pleinement effectives le 1^{er} juillet 1996. Adoptée à la demande des cantons, la disposition transitoire de [shy](#)l'art. 11 LMI différait de deux ans au maximum la protection juridictionnelle en matière de marchés publics, i. e. [shy](#)l'application de l'**art. 9 [style-break=justify](#)I-III LMI** se rapportant à [shy](#)l'art. 5 LMI (RO 1996, p. 1742 ; Mess-LMI, p. 1256 s. ; COTTIER/WAGNER, BGBM, p. 1590 ; ATF 123 I 313, c. 3 qui rejette [shy](#)l'interprétation de GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, *Beschaffungswesen*, p. 19-21 ; ainsi que ATF 125 II 86, c. 2 a ; ATF 125 I 406 c. 2 c ; cf. LMI 9, N 7-9 ; LMI 11 N 3-5).

B. Origine de la règle

- 11 Hormis les objections relatives à la constitutionnalité de la LMI (Mess-LMI, p. 1215 ; RICHLI, *Kartellgesetz*, p. 603), [shy](#)l'assujettissement des marchés publics cantonaux et communaux à la LMI a été le sujet le plus **controversé** lors de [shy](#)l'adoption de la loi (WEBER, *Binnenmarktgesetz*, p. 169 ; COTTIER/MERKT, *Beschaffungswesen*, p. 52).

Les discussions ont [shyd](#) d'abord porté sur la nécessité même [shyd](#) d'une application de la LMI 12 aux marchés publics cantonaux et communaux, alors que les cantons avaient adopté un **Accord intercantonal sur les marchés publics**, le 25 novembre 1994. Outre [shyl](#) l'ouverture internationale des marchés cantonaux, [shyl](#) l'AIMP vise aussi la suppression des obstacles intercantonaux et la réalisation du marché intérieur suisse en matière de marchés publics (ROOS, Vereinbarungen, p. 23 ; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Beschaffungswesen, p. 24 s. ; CLERC, Marchés, p. 395). Le Parlement a cependant jugé nécessaire [shyl](#) l'adoption de [shyl](#) l'art. 5 LMI dès lors que [shyl](#) l'AIMP, à tout le moins dans sa 1^{ère} version du 25 novembre 1994, allait sur plusieurs points moins loin que la LMI (*infra* N 39).

La question des **relations de [shyl](#) l'art. 5 LMI avec [shyl](#) l'AIMP** ainsi [shyl](#) qu'avec les 13 réglementations cantonales et communales a fait [shyl](#) l'objet de modifications successives de formulation, sans que la substance de la règle [shyn](#) en soit altérée. Suite à la procédure de consultation relative à [shyl](#) l'avant-projet de LMI, le Conseil fédéral avait introduit dans le projet de LMI le principe [shyd](#) d'une subsidiarité conditionnelle de [shyl](#) l'art. 5 LMI par rapport à un accord intercantonal en matière de marchés publics, pour autant que celui-ci satisfasse aux exigences minimales de la loi (art. 5 III du projet LMI ; Mess-LMI, p. 1270). Sur proposition de la commission « économie et redevances » du Conseil des Etats, cette disposition a été supprimée lors des débats devant les Chambres et reprise, sous la forme [shyd](#) d'une disposition fédérale limitée aux principes, dans [shyl](#) l'art. 5 I LMI (intervention de R. SIMMEN in : BO CE 1995 931 et 934 ; *infra* N 36-39).

Ont aussi été débattues la question du respect des **conditions de travail** au lieu de provenance 14 de [shyl](#) l'adjudicataire ou au lieu [shyd](#) d'exécution du marché (proposition de C. EYMANN in : BO CN 1995 1156 et proposition de H. BISIG in : BO CE 1995 p. 931 s. ; diverses interventions in : BO CE 1995 p. 931-934, BO CN 1995 p. 1156-1158, BO CN 1995 p. 2052-2054 ; *infra* N 145-167) ainsi que celle de la **protection juridictionnelle** (cf. LMI 9).

C. Contexte

1. Rôle modèle du droit de [shyl](#) l'Union européenne et du droit international économique

La suppression du protectionnisme cantonal et communal en matière de marchés publics, 15 prévue par [shyl](#) l'art. 5 LMI, est calquée sur [shyl](#) l'application des règles du TFUE aux marchés publics passés dans les Etats membres de [shyl](#) l'UE (Mess-LMI, p. 1216-1223 ;

COTTIER/MERKT, Influence, p. 466 s. ; CLERC, Marchés, p. 399 s. ; TREPTE, Public, N 1.01-1.35 ; EGGER, Vergaberecht, N 100-283 ; BOVIS, Case Law ; ARROWSMITH, Utilities, N 4.1-4.66 ; DE KONINCK/PELZER/RONSE, Vergaberecht ; *infra* N 17-19). De plus, les mécanismes du droit OMC, et en particulier de [shyl](#)'AMP (*infra* N 27), sont à la base de [shyl](#)'art. 5 II LMI (*infra* N 168-180), de [shyl](#)'art. 6 II et III LMI (*infra* N 43-44 ; cf. LMI 6) et de [shyl](#)'art. 9 LMI (COTTIER/MERKT, Influence, p. 469-471 ; cf LMI 9).

16 [style-vj=1](#) Les marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs des Etats membres de l'UE sont réglés principalement par **deux directives matérielles**, qui constituent du droit dérivé faisant [shyl](#)'objet [shyd](#)'une transposition dans le droit interne des Etats membres (Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31.3.2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de [shyl](#)'eau, de [shyl](#)'énergie, des transports et des services postaux, JO 2004 L 134/1, ci-après « Directive secteurs 2004/17 » ; Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31.3.2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JO 2004 L 134/114, ci-après « Directive classique 2004/18 »). Une **troisième** directive règle spécialement les achats dans les domaines de la **défense** et de la sécurité (Directive 2009/81/CE du Parlement et du Conseil, du 13.07.2009, relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, JO 2009 L 216/76). Les règles matérielles sont complétées par **deux directives recours** (Directive 89/665/CEE du Conseil du 21.12.1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, JO 1989 L 395/33 ; Directive 92/13/CEE du Conseil, du 25.2.1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, JO 1992 L 76/14). Le 20 décembre 2011, la Commission européenne a soumis deux propositions révisant les directives matérielles en matière de marchés publics, ainsi qu'une proposition de nouvelle directive sur les concessions de travaux et de services. La modernisation de la réglementation européenne sur les marchés publics vise à simplifier et assouplir les procédures de passation (notamment les négociations), à faciliter l'accès des PME aux marchés publics, à faciliter la prise en compte de critères sociaux et environnementaux, ainsi qu'à améliorer les règles relatives à la prévention des conflits d'intérêts, du favoritisme ou de la corruption et à la désignation d'une autorité nationale de surveillance des marchés publics (Proposition de

directive du Parlement européen et du Conseil relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, COM(2011) 895 du 20.12.2011 ; Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics, COM(2011) 896 du 20.12.2011 ; Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession, COM(2011) 897 du 20.12.2011).

[style-top=5.2ptstyle-vj=1](#) Au niveau du droit primaire, même si [shyl](#)'ouverture des marchés 17 publics ne fait pas [shyl](#)'objet [shyd](#)'une disposition spéciale du TFUE, elle reste soumise au respect des **quatre libertés fondamentales de circulation du TFUE, ainsi que des principes généraux** qui en découlent, parmi lesquels [shyl](#)'égalité de traitement (CJCE, arrêt *La Cascina* du 09.02.2006, aff. jtes C-226/04 et C-228/04, Rec. 2006 p. I-1347, pt 22 ; arrêt *Universale-Bau* du 12.12.2002, aff. C-470/99, Rec. 2002 p. I-11617, pts 91-92 ; CJCE, arrêt *Traunfellner* du 16.10.2003, aff. C-421/01, Rec. 2003 p. I-11941, pt 29), la transparence (CJCE, arrêt *SIAC Construction*, du 18.10.2001, aff. C-19/00, Rec. 2001 p. I-7725, pt 42), la reconnaissance mutuelle (CJCE, arrêt *Commission c/ Espagne* du 17.11.1993, aff. C-71/92, Rec. 1993 p. I-5923, pts 52-54) et la proportionnalité (CJCE, arrêt *Contse* du 27.10.2005, aff. C-234/03, Rec. 2005 p. I-9315, pts 25, 41-46, 49 et 53-76). En effet, la liberté [shyd](#)'établissement (art. 49 TFUE), la libre prestation de services (art. 56 TFUE) et [shyl](#)'interdiction de discrimination selon la nationalité (art. 18 TFUE) sont une expression particulière du principe général [shyl](#)'égalité de traitement, qui fait partie des principes généraux du droit de [shyl](#)'UE. En matière de marchés publics, le principe [shyd](#)'égalité de traitement entre soumissionnaires vise à garantir [shyl](#)'égalité des chances entre soumissionnaires, et cela même en [shyl](#)'absence [shyd](#)'une discrimination selon la nationalité, [shyc](#)'est-à-[shy](#)dire dans le cadre [shyd](#)'une situation purement interne où tous les participants (pouvoir adjudicateur, adjudicataire et recourant) se trouvent dans un seul et même Etat membre (CJCE, arrêt *Parking Brixen* du 13.10.2005, aff. C-458/03, Rec. 2005 p. I-8585, pts 46-48 ; arrêt *ANAV* du 06.04.2006, aff. C-410/04, Rec. 2006 p. I-3303, pts 17-20). Les principes [shyd](#)'égalité de traitement et de non-discrimination selon la nationalité impliquent une obligation de transparence qui permet à [shyl](#)'autorité publique de [shys](#)'assurer que ces principes sont respectés. Cette obligation de transparence consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant [shyl](#)'ouverture des marchés publics et des concessions de services à la concurrence ainsi que le contrôle [juridictionnel] de [shyl](#)'impartialité des procédures [shyd](#)'adjudication (CJCE, arrêt *Parking Brixen* du 13.10.2005, aff. C-458/03, Rec. 2005 p. I-8585, pts 46-50 ; arrêt *ANAV* du 06.04.2006, aff. C-410/04, Rec. 2006 p. I-3303, pts 17-22).

18 [style-vj=1](#)La jurisprudence applique les libertés fondamentales du TFUE et les principes généraux en découlant [shyd](#) d'une part aux marchés qui sont dans le champ [shyd](#) d'application des directives et, [shyd](#) d'autre part, aux marchés non visés par les directives. En premier lieu, la Cour de justice applique le droit primaire aussi bien pour **renforcer [shyl](#) l'interprétation de dispositions des directives de [shyl](#) l'Union que pour en combler les lacunes**, dans la mesure où les directives en matière de marchés publics [shyn](#) établissant pas une réglementation uniforme et exhaustive (CJCE, arrêt *Commission c/ Allemagne* du 10.04.2003, aff. jtes C-20/01 et C-28/01, Rec. 2003 p. I-3609, pts 35-43 ; arrêt *Commission c/ Grèce* du 18.07.2007, aff. C-399/05, non publiée, pt 29). En second lieu, le droit primaire trouve application à trois **situations non ou partiellement visées par les directives** « marchés publics », à savoir : (i) les marchés dont la valeur est inférieure aux seuils [shyd](#) d'application des directives (CJCE, arrêt *Vestergaard* du 03.12.2001, aff. C-59/00, Rec. 2001 p. I-9505, pts 19-21), (ii) les marchés de services non prioritaires visés par [shyl](#) l'annexe II B de la Directive classique 2004/18 et à [shyl](#) l'annexe XVII B de la Directive-secteurs 2004/17, pour les aspects non couverts par ces directives (CJCE, arrêt *Contse* du 27.10.2005, aff. C-234/03, Rec. 2005 p. I-9315, pts 47 ss), et (iii) les concessions de services (CJCE, arrêt *Telaustria et Telefonadress* du 07.12.2000, aff. C-324/98, Rec. 2000 p. I-10745, pt 60 ; arrêt *Parking Brixen* du 13.10.2005, aff. C-458/03, Rec. 2005 p. I-8585, pt 46 ; arrêt *Coname* du 21.07.2005, aff. C-231/03, Rec. 2005 p. I-7287, pt 16 ; arrêt *ANAV* du 06.04.2006, aff. C-410/04, Rec. 2006 p. I-3303, pts 16-21). Dans cette seconde hypothèse, les marchés non visés par les directives ne sont toutefois soumis à [shyl](#) l'application des règles et principes découlant du TFUE que [shys](#) ils présentent un **intérêt transfrontalier certain**, ce qui présuppose que le marché concerné soit susceptible, eu égard à ses caractéristiques propres, [shyd](#) intéresser une entreprise située dans un Etat membre autre que celui dans lequel ce marché est attribué (CJCE, arrêt *Commission c/ Irlande* du 13.11.2007, aff. C-507/03, Rec. 2007 p. I-9777, pt 29). Un tel intérêt transfrontalier dépend notamment de la valeur estimée du marché, en combinaison avec sa technicité ou avec le lieu [shyd](#) d'exécution du marché. [shyl](#) L'appréciation de [shyl](#) l'intérêt transfrontalier certain appartient en principe, pour chaque marché donné, au pouvoir adjudicateur, sous réserve [shyd](#) d'un contrôle juridictionnel ultérieur ; il est toutefois loisible à la réglementation nationale [shyd](#) établir des critères objectifs. Si un marché de faible valeur ne revêt généralement pas [shyd](#) intérêt transfrontalier certain, il peut toutefois en aller autrement lorsque ce marché est passé par une agglomération située sur le territoire [shyd](#) Etats membres différents. Le fait que le marché litigieux soit susceptible [shyd](#) intéresser des entreprises situées dans [shyd](#) autres Etats membres peut aussi résulter de la publication [shyd](#) un appel [shyd](#) offres au Journal officiel de [shyl](#) l'Union européenne ou de la circonstance que plusieurs soumissionnaires établis dans [shyd](#) autres Etats

membres ont déposé une offre (CJCE, arrêt *SECAP et SANTORSO* du 15.05.2008, aff. jtes C-147/06 et C-148/06, Rec. 2008 p. I-3565, pts 20-21, 24, 30-32 ; arrêt *ASM Brescia* du 17.07.2008, aff. C-347/06, Rec. 2008 p. I-5641 ; arrêt *Wall* du 13.04.2010, aff. C-91/08, Rec. 2010 p. I-2815, pts 35, 37 ; arrêt *Commission c/Irlande* du 18.11.2010, aff. C-226/09, non encore publié, pt 33). Cette jurisprudence de la Cour de justice a été résumée dans une *Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics »* (JO 2006 C 179/2, confirmée par Trib., arrêt *Allemagne c/Commission*, aff. T-258/06, du 20.05.2010, Rec. 2010 p. II-2027).

Ainsi, une part significative de la réalisation du marché intérieur en matière de marchés publics 19 repose sur [shyl](#)'application faite par la Commission européenne et par la Cour de justice de [shyl](#)'Union européenne des règles et principes généraux de droit primaire de [shyl](#)'Union, en particulier (MICHEL, *Marchés publics*, p. 2-32 ; BOCK, *Vergaberecht*, p. 142-205 ; PRIESS, *Auftragswesen*, p. 5-18 ; Livre vert 1996 de la Commission européenne, n° 2.1 ; CLERC, *Marchés*, p. 32) :[style-bottom=10pt](#)

[style-vj=1](#)– [style-vj=1](#)**la libre circulation des marchandises** (art. 34 TFUE) : CJCE, arrêt *Commission c/ Irlande* du 22.09.1988, aff. 45/87, Rec. 1988, p. 4929 ; arrêt *Du Pont de Nemours* du 20.03.1990, aff. C-21/88, Rec. 1990, p. I-889 ; arrêt *Laboratori Bruneau* du 11.07.1991, aff. C-351/88, Rec. 1991, p. I-3641 ; arrêt *Commission c/ Danemark* du 22.06.1993, aff. C-243/89, Rec. 1991, p. I-3659 ; arrêt *Evans Medical* du 28.03.1995, aff. C-324/93, Rec. 1995, p. I-563 ; arrêt *Commission c/Pays-Bas* du 24.01.1995, aff. C-359/93, Rec. 1995, p. I-157 ; arrêt *Commission c/ Autriche* du 28.10.1999, aff. C-328/96, Rec. 1999, p. I-7479 ; arrêt *Vestergaard* du 03.12.2001, aff. C-59/00, Rec. 2001, p. I-9505 ; arrêt *Medipac-Kazantzidis* du 14.06.2007, aff. C-6/05, Rec. 2007, p. I-4557 ; arrêt *Commission c/ Allemagne* du 11.09.2008, aff. C-141/07, Rec. 2008, p. I-6935 ;

– **la libre prestation de services** (art. 56 TFUE) : CJCE, arrêt *Seco/EVI* du 03.02.1982, aff. jtes 62/81 et 63/81, Rec. 1982, p. 223 ; arrêt *Transporoute* du 10.02.1982, aff. 76/81, Rec. 1982, p. 417 ; arrêt *Commission c/ Italie* du 05.12.1989, aff. C-3/88, Rec. 1989, p. 4035 ; arrêt *Rush Portuguesa* du 27.03.1990, aff. C-113/89, Rec. 1990, p. I-1417 ; arrêt *Commission c/ Danemark* du 22.06.1993, aff. C-243/89, Rec. 1991, p. I-3659 ; arrêt *Commission c/ Italie* du 03.06.1992, aff. C-360/89, Rec. 1992, p. I-3401 ; arrêt *Commission c/ Italie*, du 26.04.1994, aff. C-272/91, Rec. 1994, p. I-1409 ; arrêt *RI.SAN.* du 09.09.1999, aff. C-108/98, Rec. 1999, p. I-5219 ; arrêt *Commission c/ France* du 26.09.2000, aff. C-225/98, Rec. 2000, p. I-7445, pts 76-90 ; arrêt *ARGE Gewässerschutz* du 07.12.2000, aff. C-94/99, Rec. 2000, p. I-11037 ; arrêt *Commission c/ Allemagne* du 25.10.2001, aff. C-

- 493/99, Rec. 2001, p. I-8163 ; arrêt *Contse* du 27.10.2005, aff. C-234/03, Rec. 2005, p. I-9315 ; arrêt *Commission c/ France* du 20.10.2005, aff. C-264/03, Rec. 2005, p. I-8831 ; arrêt *Commission c/ Irlande* du 13.11.2007, aff. C-507/03, Rec. 2007, p. I-9777 ; arrêt *Commission c/ Italie* du 21.02.2008, aff. C-412/04, Rec. 2008, p. I-619 ; arrêt *Commission c/ Italie* du 29.11.2007, aff. C-119/06, du 29.11.2007, non publié ; arrêt *SECAP et Santorso* du 15.05.2008, aff. jtes C-147/06 et C-148/06, Rec. 2008, p. I-3565 ; arrêt *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia* du 18.12.2007, aff. C-220/06, Rec. 2007, p. I-12175 ; arrêt *Rüffert* du 03.04.2008, aff. C-346/06, Rec. 2008 p. I-1989 ; arrêt *Commission c/ Allemagne* du 29.04.2010, aff. C-160/08, Rec. 2010 p. I-3713 ; arrêt *Serrantoni et Consorzio stabile edili* du 23.12.2009, aff. C-376/08, Rec. 2009 p. I-12169 ; arrêt *Commission c/ Irlande*, du 18.11.2010, aff. C-226/09, non encore publié ; TPI, arrêt *Centro Studi Manieri c/ Conseil* du 28.01.2009, aff. T-125/06, Rec. 2009 p. II-69 ;
- **la liberté [shyd](#)'établissement** (art. 49 TFUE) : CJCE, arrêt *Steinhauser c/ Ville de Biarritz* du 18.06.1985, aff. 197/84, Rec. 1985, p. 1819 ; arrêt *Commission c/Italie* du 05.12.1989, aff. C-3/88, Rec. 1989, p. 4035 ; arrêt *Commission c/ Italie* du 26.04.1994, aff. C-272/91, Rec. 1994, p. I-1409 ; arrêt *RI.SAN.* du 09.09.1999, aff. C-108/98, Rec. 1999, p. I-5219 ; arrêt *Commission c/ Allemagne* du 25.10.2001, aff. C-493/99, Rec. 2001, p. I-8163 ; arrêt *Commission c/ Irlande* du 13.11.2007, aff. C-507/03, Rec. 2007, p. I-9777 ; arrêt *Commission c/ Italie* du 21.02.2008, aff. C-412/04, Rec. 2008, p. I-619 ; arrêt *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia* du 19.12.2007, aff. C-220/06, Rec. 2007, p. I-12175 ; arrêt *Serrantoni et Consorzio stabile edili* du 23.12.2009, aff. C-376/08, Rec. 2009 p. I-12169 ; arrêt *Commission c/ Irlande* du 18.11.2010, aff. C-226/09, non encore publié ; Trib., arrêt *Centro Studi Manieri c/ Conseil* du 28.01.2009, T-125/06, Rec. 2009 p. II-69 ;
 - **la libre circulation des travailleurs** (art. 45 TFUE) : CJCE, arrêt *Commission c/ Danemark* du 22.06.1993, aff. C-243/89, Rec. 1991, p. I-3659. En revanche, le détachement temporaire de travailleurs par leur entreprise dans un autre Etat membre afin [shyd](#)'effectuer des travaux ou services dans le cadre [shyd](#)'un marché public attribué à cette entreprise, ne relève pas de la libre circulation des travailleurs, mais de la libre prestation de services, car de tels travailleurs retournent dans leur Etat de provenance après [shyl](#)'accomplissement de leur mission, sans accéder à aucun moment au marché de [shyl](#)'emploi de [shyl](#)'Etat membre [shyd](#)'accueil (CJCE arrêt *Rush Portuguesa* du 27.03.1990, aff. C-113/89, Rec. 1990 p. I-1417, pts 15-19) ;
 - **les articles 101 et 102 TFUE** interdisant les **accords anticoncurrentiels** et les **abus de position dominante** ne [shys](#)'appliquent pas au comportement des pouvoirs adjudicateurs

ou des autorités concédantes, car ceux-ci ne peuvent pas être qualifiés [shy](#)d'entreprises (CJCE, arrêt *Coname* du 21.07.2005, aff. C-231/03, Rec. 2005, p. I-7287, pt 12 ; arrêt *Bodson* du 04.05.1988, aff. 30/87, Rec. 1988, p. 2479, pt 18 ; arrêt *FENIN c/ Commission* du 11.07.2006, aff. C-205/03 P, Rec. 2006, p. I-6295, pts 1 et 25-27 confirmant [shy](#)l'arrêt du TPI dans [shy](#)l'arrêt *FENIN c/ Commission* du 04.03.2003, aff. T-319/99, Rec. 2003, p. II-357, pts 35-45, 49-50). En revanche, ces dispositions sont applicables au comportement des soumissionnaires, par exemple en cas de cartel de prix et/ou de répartition territoriale des marchés (Commission européenne, décision *Industrie de la construction aux Pays-Bas* du 05.02.1992, 92/204/CEE, IV/31572 et IV/32571, JO 1992 L 92/1, confirmée par arrêt du TPI dans [shy](#)l'arrêt *SPO c/ Commission* du 21.02.1995, aff. T-29/92, Rec. 1995 p. II-289 ; CJCE, arrêt *Belasco e.a. c/ Commission* du 11.07.1989, aff. 246/86, Rec. 1989, p. 2117 ; Commission européenne, décision *Bishytumes (Pays-Bas)* du 13.09.2006, 2007/534/CE COMP/F/38.456, JO 2007 L 196/40).

2. Répartition des compétences entre Confédération et cantons

La question de savoir si et dans quelle mesure la Confédération pouvait légiférer en matière de 20 marchés publics cantonaux a constitué la pièce de résistance des débats ayant entouré [shy](#)l'adoption de la LMI. Cette répartition a été pour [shy](#)l'essentiel confirmée lors des travaux ayant débouché sur [shy](#)l'avant-projet du 30 mai 2008 de révision totale de la LMP (avant-projet abandonné par le Conseil fédéral le 17 juin 2009 en raison du rejet par la quasi-totalité des cantons de [shy](#)l'harmonisation partielle du droit des marchés publics cantonaux et fédéraux ; voir Département fédéral des finances, Rapport explicatif du 30 mai 2008 sur le projet de consultation concernant la révision de la loi fédérale sur les marchés publics, Berne, 30 mai 2008 – <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzstyle-break=justify-begung/00571/01239/index.html?lang=fr>), ainsi que les deux avis de droit élaborés à cette occasion : BIAGGINI, *Geltende Rechtsetzungskompetenz im schweizerischen Vergaberecht und Alternativen : Eine bewertende Studie aus staatsrechtlicher Sicht*, <http://www.bbl.admin.ch/bkb/00389/02604/02651/02653/index.html?lang=fr> ; BIAGGINI, *Verfassungsrechtliche Abklärungen im Zusammenhang mit der Revision des Bundesshygesetshyzes über das öffentliche Beschaffungswesen*, Zurich 2005, <http://www.bbl.admin.ch/bkb/00389/02604/02651/02653/index.html?lang=fr>) et par la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 130 I 156).

La réglementation des marchés publics est une **compétence partagée** ou **parallèle** de la 21 Confédération et des cantons. Pour les cantons, cela résulte de la clause générale de [shy](#)l'art. 3

Cst : les cantons sont compétents pour régler la passation de leurs propres marchés, sous réserve du respect des accords internationaux (art. 5 IV Cst). Pour la Confédération, il [shys](#) agit [shyd](#) une compétence inhérente rappelée à [shyl](#) art. 164 I/g Cst : [shyl](#) Etat fédéral doit être à même de faire les acquisitions et de requérir les services nécessaires à [shyl](#) exercice des tâches qui lui sont attribuées par la Constitution et par le droit international (cf. notamment [shyl](#) art. 81 Cst concernant les travaux publics ; ATF 130 I 156, c. 2.6). La Confédération, les cantons, voire les communes lorsque celles-ci disposent [shyd](#) une autonomie en la matière, sont chacun compétents pour régler la passation des marchés par les pouvoirs adjudicateurs qui dépendent [shyd](#) eux. Ces pouvoirs adjudicateurs peuvent soit relever de [shyl](#) administration centrale, soit constituer des organismes de droit public ou des entreprises publiques (tels que définis aux annexes 2 et 3 de [shyl](#) AMP, à [shyl](#) art. 3 Accord MP et aux [shyn](#) annexes I-IV à [shyl](#) Accord MP, à [shyl](#) art. 2 de [shyl](#) Annexe R à la Convention AELE et aux Appendices 1-9 de [shyl](#) l'Annexe R ; *infra* N 93-104 et 105-108). Le **critère** déterminant pour la compétence est celui du **pouvoir adjudicateur** : [style-bottom=11pt](#)

- L'administration fédérale est régie par le droit fédéral, les administrations cantonales par le droit intercantonal et cantonal. Il en va de même pour les régies. Depuis [shyl](#) entrée en vigueur de [shyl](#) Accord MP, les administrations communales sont nouvellement assujetties à [shyl](#) AMP, pour leurs marchés supérieurs aux seuils de cet accord. En outre, les communes sont soumises à [shyl](#) AIMP ;
- La compétence pour régler la passation des marchés passés par des entités actives dans les **secteurs eau-énergie-transports-télécommunications (EETT)** est prévue à [shyl](#) l'art. 2a I OMP, qui introduit deux critères alternatifs de répartition des compétences :

[style-indent=6mm](#)(i) **la dominance** : sont assujetties au droit fédéral les entités publiques ou privées qui sont sous [shyl](#) influence dominante de la Confédération (notamment du fait de la détention de la majorité du capital, des actions ou lorsque plus de la moitié des membres de la direction ou de [shyl](#) organe de surveillance sont des représentants de la Confédération, ou du fait des règles régissant [shyl](#) entité concernée). Une telle dominance est présumée lorsque la corporation publique en cause (Confédération, canton ou commune) détient la majorité du capital de [shyl](#) entreprise ou des voix attachées aux actions émises ou lorsqu'elle désigne plus de la moitié des membres chargés de la gestion de [shyl](#) entreprise ou de sa surveillance (Mess-2 GATT, p. 1215 s. ; CLERC, Marchés, p. 328). *A contrario*, une influence dominante des cantons et/ou des communes résulte en un assujettissement au droit intercantonal et cantonal ;

- (ii) le **service public sur [shyl](#) l'ensemble du territoire suisse** : sont assujetties au droit fédéral les entités privées titulaires [shyd](#) d'un droit spécial ou exclusif et qui assurent un service public sur [shyl](#) l'ensemble du territoire suisse.
- Lorsqu'un **marché est passé en commun** par plusieurs adjudicateurs soumis au droit fédéral et au droit cantonal, le droit applicable est celui de l'**adjudicateur qui supporte la part de financement la plus importante** (art. 2c OMP ; ATF 130 I 56, c. 2.4-3.4).
 - Si un **tiers représentant un pouvoir adjudicateur** procède à une passation de marché pour ce dernier, il est assujéti aux règles sur les marchés publics (art. 2d OMP). Cette disposition vise [shyl](#) l'hypothèse [shyd](#) d'une entité non expressément mentionnée dans les [Anshyn](#)exes aux accords internationaux en matière de marchés publics, mais qui est très étroitement liée à un pouvoir adjudicateur lui-même expressément assujéti. Tel est le cas soit lorsque [shyl](#) l'entité et le pouvoir adjudicateur doivent être considérés comme une unité du point de vue juridique (en examinant notamment si [shyl](#) l'entité est dotée de la personnalité juridique, si elle a rédigé et adopté ses statuts, si elle dispose de ses propres cadres et employés qui ne sont pas des fonctionnaires du gouvernement, si elle a publié [shyl](#) l'appel [shyd](#) d'offres et adressé les invitations de son propre chef, si elle conclut en son propre nom le contrat avec [shyl](#) l'adjudicataire, si elle finance le marché avec ses propres ressources, et en vérifiant qui nomme les membres du conseil [shyd](#) d'administration, les directeurs et les cadres supérieurs de [shyl](#) l'entité), soit lorsque [shyl](#) l'entité agit au nom, i.e. comme représentant ou agent du pouvoir adjudicateur expressément assujéti, au moins pour ce qui concerne la passation du marché en cause (en vérifiant notamment si [shyl](#) l'entité est compétente pour négocier et conclure le contrat avec [shyl](#) l'adjudicataire, ou si elle constitue une marionnette entre les mains du pouvoir adjudicateur expressément assujéti dont elle serait *l'alter ego*, et en examinant le degré [shyd](#) d'intervention et de contrôle dans [shyl](#) l'activité quotidienne de [shyl](#) l'entité selon une *principal/agent relationship*) (cf. décision du panel de [shyl](#) l'OMC, *Korea – Measures Affecting Government Procurement*, WT/DS163/R, adoptée par WT/DSB/M/84 le 15 juin 2000, § 7.52 – 7.73 ; décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 28.09.2001, CRM 2001/007, JAAC 66/2002 n° 5, c. 3c/cc). Sont également concernés par [shyl](#) l'art. 2d OMP les tiers auxquels [shyl](#) l'adjudicateur a délégué une tâche publique (cf. décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 03.09.1999, CRM 1999/006, JAAC 64/2000 n° 30, c. 1b/bb), à condition que cette tâche ne leur ait pas été attribuée selon le droit des marchés publics (principe de [shyl](#) l'appel [shyd](#) d'offres unique) (Rapport explicatif du 01.01.2010 sur la modification de [shyl](#) l'ordonnance sur les marchés publics (OMP), ad art. 2d OMP, accessible sur <<http://www.efd.admin.ch/00468/index.html?lang=fr&msg-id=30179>>).

– Enfin, il existe un certain nombre [shyd](#)’assujettissement spéciaux. En premier lieu, les constructeurs des nouvelles transversales ferroviaires alpines NLFA sont tous assujettis au droit fédéral (art. 4 Ordonnance du 28.2.2001 sur la construction de la ligne ferroviaire suisse à travers les Alpes [Ordonnance sur le transit alpin, Otransa], RS 742.104.1). En second lieu, les marchés relatifs aux routes nationales sont en principe assujettis au droit fédéral, à tout le moins pour ce qui concerne les nouvelles routes nationales et [shy](#)l’aménagement des routes nationales existantes. En revanche, [shyl](#)’achèvement du réseau des routes nationales déjà existantes relève encore de la compétence des cantons (art. 40a et 41 II de la Loi fédérale du 8 mars 1960 sur les [shy](#)routes nationales [LRN], RS 725.11 ; art. 32-40 et Annexe 1 de [shyl](#)’Ordonnance du 7 novembre 2007 sur les routes nationales [ORN], RS 725.111).

22 [style-vj=1](#)La **Confédération** est compétente pour régler la passation de ses propres marchés sur la base de ses compétences en matière [shyd](#)’organisation (art. 164 I/g Cst). Elle ne dispose pas [shyd](#)’une base constitutionnelle pour adopter une réglementation exhaustive des marchés publics cantonaux et communaux (Rapp-AP-LMP, ch. 11.2 ; MICHEL, Marchés publics, N 1888 ; RICHLI, Kartellgesetz, p. 603 ; Mess-LMI, p. 1230), mais peut y intervenir à trois titres (ATF 130 I 156, c. 2.7). **Indirectement**, la Confédération est compétente sur le plan externe pour conclure des **traités internationaux**, même lorsqu’il [shys](#)’agit de matières relevant, sur le plan interne, des compétences parallèles de la Confédération et des cantons, comme [shyc](#)’est le cas des marchés publics. La Constitution fédérale du 18 avril 1999 instaure toutefois un fédéralisme de type coopératif dans le domaine des relations internationales, qui contraint la Confédération à tenir compte des compétences des cantons, à sauvegarder leurs intérêts (art. 54 Cst), à associer les cantons à la préparation des décisions de politique extérieure affectant leurs compétences ou leurs intérêts essentiels, voire à les associer de manière appropriée aux négociations internationales lorsque leurs compétences sont affectées (art. 55 Cst ; LF du 22 décembre 1999 sur la participation des cantons à la politique extérieure de la Confédération [LFPC], RS 138.1 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel I, N 1262-1265 ; sur la participation des cantons à la négociation de [shyl](#)’accord bilatéral sur les marchés publics, voir LANG, Wandlungen, p. 12 s.). De tels accords internationaux, comme [shyl](#)’Accord OMC sur les marchés publics (*infra* N 27) ou [shyl](#)’accord bilatéral sur les marchés publics conclu entre la Suisse et [shyl](#)’UE (*infra* N 28), lie ensuite les cantons et les communes qui sont toutefois compétents pour en assurer la transposition dans leurs propres réglementations (CLERC, Marchés, p. 325-329). **Directement**, la Confédération dispose [shyd](#)’une compétence limitée sur la base de l’**art. 95 II Cst** (art. 31 bis II aCst ; JACOBS, Art. 95 Cst, N 16 ; *infra* N 25), dans le cadre de son devoir [shyd](#)’assurer la fonction fédérative de la

liberté économique. La LMI, fondée sur cette disposition, promeut [shyl](#) l'homogénéité de [shy](#) l'espace économique suisse, notamment en matière de marchés publics par le biais des art. 5 et 9 LMI (ATF 130 I 156, c. 2.7.1 ; Mess-LMI, p. 1230 et 1238 ; COTTIER/MERKT, Influence, p. 459 s. ; WUNDER, Binnenmarktfunktion, p. 189 s.). Au-delà de la LMI, [shyl](#) l'Etat fédéral pourrait se fonder sur [shyl](#) l'art. 95 II Cst pour harmoniser, sur certains points, le droit des marchés publics (ATF 130 I 156, c. 2.7.3 ; G. BIAGGINI, Geltende Rechtsetzungskompetenz im schweizerischen Vergaberecht und Alternativen : Eine bewertende Studie aus staatsrechtlicher Sicht, <<http://www.bbl.admin.ch/bkb/00389/02604/02651/02653/index.html?lang=fr>>). Se référant à une étude de droit constitutionnel, le rapport explicatif du 30 mai 2008 accompagnant [shyl](#) l'avant-projet de révision de la LMP résume ainsi les compétences de la Confédération pour légiférer en matière de marchés publics cantonaux et communaux sur le fondement de [shy](#) l'art. 95 II Cst : la Confédération peut légiférer globalement pour assurer les objectifs de transparence et [shyd](#) l'égalité de traitement des soumissionnaires ; elle ne peut en revanche édicter que des règles-cadres afin [shyd](#) l'assurer [shyl](#) l'utilisation rationnelle des deniers publics ; enfin, [shyl](#) l'encouragement de la concurrence est un cas limite dans [shyl](#) l'optique du partage des compétences entre la Confédération et les cantons. Ces limites découlent des principes de subsidiarité et de [shyl](#) l'autonomie en matière de procédure et [shyd](#) l'organisation des cantons, qui représentent la « contre-partie » fédéraliste à la compétence fédérale en matière de marché intérieur. Quant aux cantons, ils peuvent gérer librement leurs propres finances (Rapp-AP-LMP, ch. 1.3.5 et ch. 11.2 ; G. BIAGGINI, Verfassungsrechtliche Abklärungen im Zusammenhang mit der Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, Zurich 2005). [shyl](#) l'opposition de la quasi-totalité des cantons a toutefois conduit à [shy](#) l'abandon de [shyl](#) l'avant-projet de révision totale de la LMP allant dans le sens [shyd](#) l'unification partielle du droit des marchés publics (Communiqué de presse du Conseil fédéral du 18.11.2009, <<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/01611/index.html?lang=fr&msg-id=30179>> ; Département fédéral des finances, AP-LMP : Rapport du 18.11.2009 sur les résultats de la procédure de consultation, <<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/01611/index.html?lang=fr&msg-id=30179>>). Enfin, la pratique relative au droit fédéral des marchés publics constitue une **source [shyd](#) l'interprétation** pour [shyl](#) l'application du droit cantonal (ATF 130 I 156, c. 2.7.1 ; ZUFFEREY/DUBEY, Marchés publics, p. 17-18), Au surplus, les **cantons** sont compétents pour régler la passation de marchés par des pouvoirs adjudicateurs qui dépendent [shyd](#) l'eux.

[shyl](#) l'art. 5 LMI à la réglementation cantonale pose la question du droit applicable dans des situations de conflit de lois potentiel. Lorsqu'un pouvoir

adjudicateur exerce une activité dans **plusieurs cantons**, comme les entreprises [shy](#)-d'électricité ou de chemins de fer, ou en cas de **coopération inter-cantonales**. [shy](#)L'art 8 IV AIMP prévoit deux critères de rattachement alternatif lorsque le marché [shyn](#)'est pas exécuté au lieu du siège du pouvoir adjudicateur : soit le droit du canton du siège de [shyl](#)'adjudicateur, soit le droit du lieu de [shyl](#)'activité principale, qui paraît notamment viser le lieu [shy](#)-d'exécution des travaux suggéré en doctrine pour des motifs liés à la souveraineté cantonale (LANG, Binnenmarkt, p. 23 ; ég. note C. BOVET in DC 1999/4, p. 137 s.). Une réglementation cantonale qui choisirait comme critère unique le droit du canton du siège de [shyl](#)'adjudicateur aurait [shyl](#)'avantage de la sécurité juridique et ne devrait pas trop empiéter, de fait, sur la souveraineté cantonale en raison de [shyl](#)'effet [shyd](#)'harmonisation exercé par les accords internationaux en matière de marchés publics, [shyl](#)'AIMP et la LMI. Selon [shyl](#)'art. 8 III AIMP, lorsqu'un marché est passé en commun par plusieurs adjudicateurs soumis à [shyl](#)'AIMP, le droit applicable est celui du siège de [shyl](#)'adjudicateur principal. Les marchés lancés par une organisation commune sont soumis au droit applicable au lieu du siège de cette organisation. Si celle-ci [shyn](#)'a pas de siège, le droit applicable est celui du lieu où [shyl](#)'activité principale est déployée ou au lieu [shyd](#)'exécution. Une convention contraire reste réservée.

24 **L'imbrication et l'interaction** des accords internationaux ainsi que des réglementations fédérales, cantonales et communales en matière de marchés publics nuisent à la transparence des normes dans ce domaine du droit et [shyn](#)'en facilitent pas [shyl](#)'application. Le foisonnement de textes législatifs, applicables souvent cumulativement, ne constitue pas une particularité helvétique, mais se retrouve également dans le droit de [shyl](#)'Union européenne, où se superposent accords internationaux, règles de droit primaire du TFUE et principes généraux du droit, directives, communications et réglementations nationales (CLERC, Marchés, p. 383-403 et 452-457). En réponse partielle à cette problématique, [shyl](#)'Union européenne a simplifié et modernisé son cadre juridique en consolidant [shyl](#)'essentiel du droit matériel dans trois directives – la Directive classique 2004/18, la Directive secteurs 2004/17 et la Directive défense 2009/81, alors que la protection juridictionnelle est assurée par deux directives recours (Directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à [shyl](#)'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, JO 1989 L 395/33 ; Directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à [shyl](#)'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de [shyl](#)'eau, de [shyl](#)'énergie, des transports et des télécommunications, JO 1992 L 76/14). De même, les cantons ont adopté le 15 mars 2001 une version révisée de [shyl](#)'AIMP,

qui étend le champ shyd'application de shyl'AIMP afin shyd'y transposer les obligations découlant de shyl'Accord MP entre la Suisse et shyl'UE, de la Convention AELE et de shyl-l'art. 5 LMI. shyl'AIMP révisé, ratifié et entré en vigueur pour tous les cantons, assujettit des marchés initialement exclus de shyl'accord intercantonal, comme les marchés de services non soumis aux accords internationaux ou les marchés dont la valeur est inférieure aux seuils internationaux ; il vise aussi expressément les marchés des communes. La portée résiduelle de shyl'art. 5 LMI est désormais ténue, cette disposition servant désormais essentiellement à interpréter le champ shyd'application de shyl'AIMP, en particulier pour ce qui concerne les pouvoirs adjudicateurs assujettis (*infra* N 85-108). En revanche, les cantons se sont opposés à shyl'étape ultérieure shyd'une unification partielle, par le biais de la LMP, des droits fédéraux et cantonaux en matière de marchés publics (Communiqué de presse du Conseil fédéral du 18.11.2009, <<http://www.efd.admin.ch/00468/index.html?lang=fr&msg-id=30179>> ; Département fédéral des finances, AP-LMP : Rapport du 18.11.2009 sur les résultats de la procédure de consultation, <<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gestyle-break=justify-setzgebung/00571/01611/index.html?lang=fr>>). shyl'imbrication des sources peut être schématisée ainsi (CLERC, Champ shyd'application) :pub

[image-fileref="CRC-a006.tif"](#)

AMP [style-hshift=24mm,lstyle-outdent=0mm](#) Accord OMC sur les marchés publics, entré en vigueur le 1.1.1996, RS 0.632.231.422

Accord MP [style-hshift=24mm,lstyle-outdent=0mm](#) Accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur ces [style-break=hyphen](#) aspects relatifs aux marchés publics, entré en vigueur le 1.6.2002, RS 0.172.052.68

Convention AELE [style-hshift=24mm,l](#) Convention instituant shyl'Association européenne de libre-échange, version consolidée entrée en vigueur le 1.6.2002, RS 0.632.31

LMP [style-hshift=24mm,l](#) Loi fédérale du 16.12.1994 sur les marchés publics, RS 172.056.1

OMP [style-hshift=24mm,l](#) Ordonnance du 11.12.1995 sur les marchés publics, RS 172.056.11

LTrAlp [style-hshift=24mm,lstyle-outdent=0mm](#) Loi fédérale du 4.10.1991 relative à la construction de la ligne ferroviaire suisse à travers les Alpes, RS 742.104

Otransa [style-hshift=24mm,lstyle-outdent=0mm](#) Ordonnance du 28.2.2001 sur la construction de la ligne ferroviaire suisse à travers les Alpes (Ordonnance sur le transit alpin), RS 742.104.1

AIMP [style-align=leftstyle-hshift=24mm,lstyle-outdent=0mm](#) Accord intercantonal sur les marchés publics du 25.11.1994, modifié le 15.03.2001, RSN 601.71

LMI [style-hshift=24mm,l](#) Loi fédérale du 6.10.1995 sur le marché intérieur, RS 943.02

LRN [style-hshift=24mm,l](#) Loi fédérale du 8.3.1960 sur les routes nationales, RS 725.11-[style-bottom=12pt](#)

Les règles de la LMI en matière de marchés publics sont édictées essentiellement sur la base 25 de shyl'art. 95 II Cst (art. 31^{bis} II aCst ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel

II, N 912 et 918 ; MARTENET/RAPIN, Marché ; AUBERT/MAHON, art. 95 Cst, N 8 ; JACOBS, Art. 95 Cst, N 14-16 ; VALLENDER, Wirtschaftsverfassung, p. 684 s. ; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, p. 1048-1051). Elles [shyn](#)’ont pas de portée internationale. [shyL](#)’art. 5 LMI est une disposition de droit fédéral dont le contenu matériel est essentiellement de nature **intercantonale et intercommunale** : il vise la suppression des barrières étatiques à la réalisation du marché intérieur en matière de marchés publics (Mess-LMI, p. 1230 et 1238 ; SCHWEIZER, Binnenmarkt, p. 746 s. ; HANGARTNER, Binnenmarktgesetz, p. 13 ; RICHLI, Kartellgesetz, p. 603 ; WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 169 ; Mess-1 GATT, p. 363 ; Mess-2 GATT, p. 1215 s. ; ROOS, Vereinbarungen, p. 45 ; MICHEL, Marchés publics, N 1888 ; CLERC, Marchés, p. 432 s. ; [shyd](#)’une portée plus large toutefois, ATF 125 I 406, c. 2.d, et *infra* N 114). Au surplus, [shyl](#)’art. 5 I/1 LMI rappelle la compétence générale des cantons et des communes de régler la passation de leurs propres marchés (*infra* N 32-39). Cette solution correspond au partage traditionnel des compétences en matière de marchés publics entre Confédération et cantons et garantit la constitutionnalité de la LMI en la matière.

3. Réglementations applicables

a) Marchés publics fédéraux

- 26 Les marchés publics de niveau fédéral sont régis, [shyd](#)’une part, par les **accords internationaux** auxquels la Suisse est partie (*infra* N 27 s.) et, [shyd](#)’autre part, par des règles de **droit fédéral** (*infra* N 29).
- 27 Les pouvoirs adjudicateurs de niveau fédéral doivent respecter en premier lieu les **accords internationaux** conclus par la Suisse en matière de marchés publics. Il [shys](#)’agit [shy](#)en premier lieu de [shyl](#)’AMP (**Accord OMC sur les marchés publics** du 15 avril 1994, RS 0.632.231.422 et AF du 30 avril 1997 portant approbation de [shyl](#)’extension du champ [shyd](#)’application de [shyl](#)’Accord OMC sur les marchés publics, RS 172.056.2), qui a succédé au Code GATT conclu dans le cadre du Tokyo Round (Accord relatif aux marchés publics du 12 avril 1979, RS 0.632.231.421) (HOEKMAN/MAVROIDIS, WTO agreement ; CLERC, Mondialisation, p. 141-194 ; CLERC, Marchés, p. 273-355). [shyL](#)’AMP a été révisé par un accord politique intervenu entre les Parties le 15 décembre 2011, et adopté dans sa version finale lors d’une séance du Comité des marchés publics du (document GPA/313 du 02.04.2012, disponible sur <http://www.wto.org>). Adopté par le Conseil fédéral le 21 mars 2012, l’AMP révisé doit encore être approuvé par le Parlement fédéral. En deuxième lieu, l’**Accord MP** fait partie des accords bilatéraux sectoriels conclus le 21 juin 1999 entre la Suisse et [shyl](#)’UE, et entrés en

vigueur le 1^{er} juin 2002 (*infra* N 28). En troisième lieu, [shyl](#)'art. 37 et [shyl](#)'Annexe R de la **Convention AELE** élargissent, entre les Etats membres de [shyl](#)'AELE, la portée des engagements pris au titre de [shyl](#)'AMP, afin de couvrir les mêmes marchés que ceux visés par [shyl](#)'Accord MP (Convention instituant [shyl](#)'Association Européenne de Libre-Echange (AELE), conclue à Stockholm le 4 janvier 1960, version consolidée entrée en vigueur le 1^{er} juin 2002, RS 0.632.31). En dernier lieu, de nombreux **accords de libre-échange** conclus entre les pays de [shyl](#)'AELE et des pays tiers contiennent tantôt une disposition unique et tantôt des engagements plus substantiels en matière de marchés publics (art. 29 de [shyl](#)'Accord de libre-échange entre les Etats de [shyl](#)'AELE et les Etats de la SACU [Afrique du Sud, Botswana, Lesotho, Namibie, Swaziland], RS 0.632.311.181 ; art. 26 de [shyl](#)'Accord de libre-échange entre les Etats de [shyl](#)'AELE et la République [shyl](#)'d'Albanie, RS 0.632.311.231 ; art. 20 de [shyl](#)'Accord de libre-échange entre les Etats de [shyl](#)'AELE et le Canada, RS 0.632.312.32 ; art. 47-71 et Annexes XIII et XIV de [shyl](#)'Accord de libre-échange entre les Etats de [shyl](#)'AELE et la République du Chili, RS 0.632.312.451 ; art. 7.1-7.21 de [shyl](#)'Accord de libre-échange entre la République de Colombie et les Etats de [shyl](#)'AELE, RS 0.632.312.631 ; art. 6.1 - 6.3 et Annexe XII de [shyl](#)'Accord de libre-échange entre les Etats de [shyl](#)'AELE et la République de Corée, RS 0.632.312.811 ; art. 15 de [shyl](#)'Accord de libre-échange entre les Etats de [shyl](#)'AELE et la République de Croatie, RS 0.632.312.911 ; art. 33 de [shyl](#)'Accord de libre-échange entre les Etats de [shyl](#)'AELE et la République arabe [shyl](#)'d'Egypte, RS 0.632.313.211 ; art. 14 de [shyl](#)'Accord entre les Etats de [shyl](#)'AELE et Israël, RS 0.632.314.491 ; art. 16 de [shyl](#)'Accord de libre-échange entre les Etats de [shyl](#)'AELE et le Royaume hachémite de Jordanie, RS 0.632.314.671 ; art. 28 de [shyl](#)'Accord de libre-échange entre les Etats de [shyl](#)'AELE et la République du Liban, RS 0.632.314.891 ; art. 15 de [shyl](#)'Accord entre les Etats membres de [shyl](#)'AELE et la République de Macédoine, RS 0.632.315.201.1 ; art. 15 de Accord entre les Etats de [shyl](#)'AELE et le Royaume du Maroc, RS 0.632.315.491 ; art. 56-68 et Annexes XII-XX de [shyl](#)'Accord de libre-échange entre les Etats de [shyl](#)'AELE et les Etats-Unis du Mexique, RS 0.632.315.631.1 ; art. 14 de [shyl](#)'Accord intérimaire entre les Etats de [shyl](#)'AELE et [shyl](#)'OLP agissant pour le compte de [shyl](#)'Autorité palestinienne, RS 0.632.316.251 ; art. 7.1 - 7.31 et Annexes XIII-XIV de [shyl](#)'Accord de libre-échange entre la République du Pérou et les Etats de [shyl](#)'AELE, RS 0.632.316.411 ; art. 27 de [shyl](#)'Accord de libre-échange entre les Etats de [shyl](#)'AELE et la République de Serbie, RS 0.632.316.821 ; art. 51-53 de [shyl](#)'Accord de libre-échange entre les Etats de [shyl](#)'AELE et la République de Singapour, RS 0.632.316.891.1 ; art. 30 de [shyl](#)'Accord de libre-échange entre les Etats de [shyl](#)'AELE et la République Tunisienne, RS 0.632.317.581 ; art. 14 de [shyl](#)'Accord entre les pays de [shyl](#)'AELE et la Turquie, RS 0.632.317.631 ; art. 6.1 – 6.13 et

Annexes XIV-XV de [shyl](#)'Accord de libre-échange entre les Etats de [shyl](#)'AELE et [shyl](#)-l'Ukraine, FF 2011 1461, RS 0.632.317.671 ; art. 26 de l'Accord de libre-échange entre les Etats de l'AELE et le Monténégro, FF 2012 827 ; art. 6 de l'Accord de libre-échange entre les Etats de l'AELE et Hong-Kong, Chine, FF 2011 7273 ; art. 6.1 – 6.25 et Annexes XIII-XIV de [shyl](#)'Accord de libre-échange entre les Etats de [shyl](#)'AELE et les Etats membres du Conseil de coopération des Etats arabes du Golfe [CCG], FF 2009 6595). Dans quelques cas, [shyl](#)'accord de libre-échange est conclu bilatéralement par la Suisse seule avec [shyl](#)'Etat tiers (art. 130-132 de [shyl](#)'Accord de libre-échange et de partenariat économique entre la Confédération suisse et le Japon, RS 0.946.294.632).

- 28 [style-vj=11](#). L'**accord MP** (Accord du 21 juin 1999 entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur certains aspects relatifs aux marchés publics, RS 0.172.052.68) implique, en partie *de jure* et en partie *de facto*, une extension des règles de [shyl](#)'AMP entre les Parties (voir Mess-AccordsSectoriels, p. 5511-5521 ; LANG, Binnenmarkt, p. 41-45 ; WASESCHA, Libéralisation, p. 30 ; DANIOTH/LANG, Beschaffungswesen, p. 61-64). [shyl](#)D'une part, les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs des districts et des communes, initialement non soumis à [shyl](#)'AMP, y sont désormais expressément assujettis (Annexe 2 de [shyl](#)'Appendice I à [shyl](#)'AMP déposé par la Suisse ; art. 2 Accord MP et Déclaration commune des Parties figurant dans [shyl](#)'Acte final de [shyl](#)'Accord MP). [shyl](#)D'autre part, [shyl](#)'Accord MP ouvre aux soumissionnaires de chaque Partie les marchés passés par des entités de droit public ou de droit privé actives dans les chemins de fer, les télécommunications et [shyl](#)'énergie (autre que [shyl](#)'électricité) ainsi que les marchés passés par des entités privées non dominées par [shyl](#)'Etat mais titulaires de droits spéciaux ou exclusifs et assurant un service au public dans les secteurs eau/énergie/transports/télécommunications (art. 3 §§ 1-3 Accord MP ; sur les engagements de la Suisse au titre de [shyl](#)'AMP, CLERC, Marchés, p. 294 s.). Pour les marchés relevant de cette seconde catégorie et dont la valeur est supérieure à des seuils déterminés, repris de [shyl](#)'AMP ou de [shyl](#)'ancienne Directive-secteurs (art. 3 § 4 Accord MP ; Directive 93/38/CEE du Conseil, du 14.6.1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de [shyl](#)'eau, de [shyl](#)'énergie, des transports et des télécommunications, JO 1993 L 199, p. 84 et JO 1998 L 101, p. 1 ; à noter que cette Directive a été abrogée dans [shyl](#)'UE et remplacée par la Directive secteurs 2004/17), [shyl](#)'Accord MP formule des règles de passation calquées sur celles de [shyl](#)'AMP et des directives de [shyl](#)-l'Union. Les principes de non-discrimination, [shyl](#)d'égalité de traitement, de transparence et [shyl](#)d'interdiction des marchés compensatoires, ainsi que des règles sur la publication et le contenu de [shyl](#)'appel [shyl](#)d'offres, les délais de dépôt des offres, la documentation relative à [shyl](#)'appel [shyl](#)d'offres, les critères [shyl](#)d'aptitude et [shyl](#)d'adjudication et les spécifications

techniques [shys](#) appliquent de manière contraignante à la passation des marchés supérieurs auxdits seuils (art. 4 et art. 6 §§ 1-2 Accord MP). Une Déclaration commune des Parties contractantes, figurant dans [shyl](#) l'Acte final de [shyl](#) l'Accord MP, prévoit que le respect des règles de passation de [shyl](#) l'AMP ou des directives de [shyl](#) l'Union suffit à remplir les obligations imposées par les art. 4 et 5 de [shyl](#) l'Accord MP (RS 0.172.052.68). L'**art. 37 et [shyl](#) l'Annexe R de la Convention AELE** sont le miroir des dispositions de [shyl](#) l'Accord MP, dont le champ [shyd](#) d'application est ainsi *de facto* étendu aux soumissionnaires provenant [shyd](#) d'Etats membres de [shyl](#) l'AELE.

[style-vj=12](#). Chaque Partie doit mettre sur pied **une voie de recours** juridictionnelle rapide, non discriminatoire, transparente et efficace auprès de laquelle les soumissionnaires puissent contester des violations de [shyl](#) l'accord (art. 5 et annexe V à [shyl](#) l'Accord MP ; art. 9 de [shyl](#) l'annexe R à la Convention AELE).

[style-vj=13](#). Pour les marchés [shyd](#) d'une valeur inférieure aux seuils, la Suisse et [shyl](#) l'UE (respectivement [shyl](#) l'AELE) feront preuve de bonne volonté dans [shyl](#) l'application du principe de **non-discrimination** aux entreprises originaires de [shyl](#) l'autre Partie qui soumissionneraient pour un marché, sans toutefois [shys](#) engager juridiquement à respecter ce principe (art. 6 § 3 Accord MP ; art. 7 de [shyl](#) l'annexe R à la Convention AELE).

[style-vj=14](#). Le principe de non-discrimination ne [shys](#) applique pas au traitement préférentiel des soumissionnaires de [shyl](#) l'UE/AELE, respectivement de la Suisse, qui résulterait du processus [shyd](#) d'intégration propre à [shyl](#) l'UE, respectivement au marché intérieur suisse (art. 6 § 4 Accord MP ; art. 7 *i.f.* de [shyl](#) l'annexe R à la Convention AELE ; sur la non-invocabilité de [shyl](#) l'art. 5 LMI par les soumissionnaires non établis en Suisse, *infra* N 110 et 113). Cette réserve vise en particulier à permettre à la Suisse de ne pas ouvrir aux soumissionnaires de [shyl](#) l'UE/AELE les voies de recours cantonales instituées sur la base de [shyl](#) l'art. 9 LMI pour les marchés publics [shyd](#) d'une valeur inférieure aux seuils de [shyl](#) l'Accord MP, respectivement de la Convention AELE (sur [shyl](#) l'absence de qualité pour agir des soumissionnaires étrangers au titre de [shyl](#) l'art. 9 LMI, LMI 9 N 99 ; CLERC, Marchés, p. 631-636, 527 s. et 531 s.).

[style-vj=15](#). La **surveillance de [shyl](#) l'Accord MP** est garantie par une autorité indépendante aussi bien dans [shyl](#) l'UE (Commission européenne) [shyqu](#)'en Suisse (Commission pour [shyl](#) l'introduction et la surveillance des obligations internationales de la Suisse en matière de marchés publics = Commission des marchés publics Confédération-cantons CMCC/Kommission zur Umsetz[shy](#)zung und Überwachung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens = Kommission Beschaffungswesen Bund/Kantone KBBK) (art. 68a-68d OMP ; décisions du Conseil fédéral

des 4.12.1995 et 3.4.1996 et décision de la Conférence des gouvernements cantonaux du 21.7.1996 ; Déclaration commune des Parties contractantes, RS 0.172.052.68 ; Mess-AccordsSectoriels, p. 5520 ; CLERC, Marchés, p. 458-461 ; WASECHA, Libéralisation, p. 30). Ces autorités de surveillance sont aussi compétentes pour prendre des mesures administratives (déclarations et recommandations) et pour agir en justice (« *Aufsichtsbeschwerde* ») à [shyl](#)-l'encontre de pouvoirs adjudicateurs de niveaux fédéral, cantonal ou communal ayant violé [shyl](#)'accord (art. 8 Accord MP). Les divergences sur [shyl](#)'interprétation et [shyl](#)'application de [shyl](#)'Accord MP sont soumises à un Comité mixte (art. 10 et 11 Accord MP).

[style-vj=16](#). Les Parties [shys](#)'engagent à collaborer étroitement pour assurer la compatibilité et [shyl](#)'accessibilité de leurs **bases de données** et de leurs **systèmes électroniques** de passation des marchés publics (art. 12 Accord MP).

7. Des annexes à [shyl](#)'Accord MP et à [shyl](#)'Annexe R de la Convention AELE précisent les pouvoirs adjudicateurs assujettis ainsi que [shyd](#)'autres points de ces accords. Elles peuvent faire [shyl](#)'objet [shyd](#)'une mise à jour (art. 11 § 4 Accord MP et Déclaration commune des Parties figurant dans [shyl](#)'Acte final de [shyl](#)'Accord MP ; art. 11 § 2 Annexe R de la Convention AELE). Une modification des annexes à l'Accord MP est intervenue par décision du comité mixte du 21.10.2011 (Décision N° 1/2011, du 21.10.2011, du Comité mixte institué par l'Accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur certains aspects relatifs aux marchés publics, 2012/179/UE, JO 2012 L 97/1).

[style-vj=18](#). La **transposition** de [shyl](#)'Accord MP et de la Convention AELE révisée a nécessité une révision des réglementations fédérales et cantonales en matière de marchés publics. Les modifications essentielles ont porté sur une extension du champ [shyd](#)'application des réglementations, sur la mise sur pied [shyd](#)'une autorité de surveillance et sur la publication électronique des marchés. Pour les marchés **fédéraux**, la LMP est restée inchangée, [shyl](#)'art. 2 II LMP habilitant déjà le Conseil fédéral à désigner par voie [shyd](#)'ordonnance les entités actives dans les secteurs EETT qui sont assujetties à la loi. Les modifications du droit fédéral ont eu lieu par voie [shyd](#)'ordonnance (voir modification de [shyl](#)'OMP du 30.11.2001, RO 2002 886 ; Mess-AccordsSectoriels, p. 5519-5521). En particulier, les art. 2-2d OMP ont clarifié la délimitation des compé[shyt](#)ences entre Confédération et cantons pour réglementer la passation des marchés par les entités nouvellement assujetties dans les secteurs EETT (voir *supra* N 21). Les art. 68a-68d OMP ont été ajoutés afin de régler la composition et les tâches de la Commission pour [shyl](#)'introduction et la surveillance des obligations internationales de la Suisse en matière de marchés publics (CMCC, *supra* N 28 ch. 5). Enfin, une ordonnance du DETEC règle la procédure [shyd](#)'exemption [shyl](#) du droit des marchés publics pour les entités opérant dans un secteur EETT où la concurrence est assurée (art. 3 § 5 Accord MP ;

Ordonnance du DETEC du 18.11.2002 sur [shyl](#)'exemption du droit des marchés publics, RS 172.056.111 ; cf. LCart 7 N 48). Pour les marchés **cantonaux et communaux**, [shyl](#)'AIMP a été révisé, dans le double but de mettre en œuvre [shyl](#)'Accord MP et de transposer complètement [shyl](#)'art. 5 LMI afin [shyd](#)'assurer une meilleure harmonisation du marché intérieur suisse en matière de marchés publics (DANIOTH/LANG, Beschaffungswesen, p. 64 ; LANG, Wandlungen, p. 11 s. ; *infra* N 33).

[style-vj=19](#). Une entreprise soumissionnaire établie dans un Etat membre de [shyl](#)'UE ou de [shyl](#)'AELE dispose du **droit de détacher ses travailleurs en Suisse** pour y exécuter un marché de travaux ou de services (art. 5 § 1-2 ALCP et art. 1 § 1, 17, 19 et 22 § 2 Annexe I à [shyl](#)-l'ALCP ; art. 20 § 2/b Convention AELE et art. 1, 16-18, 20, 21 § 2 de [shyl](#)'Annexe K de la Convention AELE ; *infra* N 159-165).

[style-vj=1](#) Sur le plan interne, les marchés publics fédéraux sont régis par des règles de droit 29 fédéral contenues dans la **Loi fédérale sur les marchés publics** du 6 décembre 1994 (RS 172.056.1, LMP) et l'**Ordonnance fédérale sur les marchés publics** du 18 décembre 1995 (RS 172.056.11, OMP), par l'**art. 13 de la Loi fédérale relative à la construction de la ligne ferroviaire suisse à travers les Alpes** du 4 décembre 1991 (RS 742.104, LtrAlp ; voir aussi art. 4 de [shyl](#)'Ordonnance du 28.2.2001 sur la construction de la ligne [shyl](#)ferroviaire suisse à travers les Alpes, Ordonnance sur le transit alpin – Otransa, RS 742.104.1) et par l'**Ordonnance sur [shyl](#)'organisation des marchés publics de la Confédération** du 22 novembre 2006 (RS 172.056.15, Org-OMP) (pour une présentation de ces réglementations, voir notamment GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Beschaffungsrecht, p. 3-20 ; FETZ, Beschaffungsrecht ; MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 497-513 ; DUBEY, Concours ; BOCK, WTO-Übereinkommen, p. 709-718 ; GALLI/LEHMANN/RECH[SHY](#)STEINER, Beschaffungswesen ; MICHEL, Soumissionner, p. 22-30 ; MICHEL, Marchés publics, p. 373-409 ; GAUCH, Bundesgesetz, p. 313-336 ; GAUCH, Liberalisierung, p. 2-27 ; TERCIER, Libéralisation, p. 12-26 ; CLERC, Marchés, p. 383-387 et 404-418 ; METZ/SCHMIDT, Rechtsgrundlagen, p. 49-76 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, p. 371-374. Sur la jurisprudence en matière de marchés publics fédéraux, voir GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Beschaffungsrecht ; FETZ, Gesammelte Rechtsprechung ; BEYELER, Ziele ; DUBEY, Pratique, p. 375 ss ; BELLANGER, Jurisprudences, p. 403 ss ; CLERC, Marchés publics 2008/09, p. 45-71 ; CLERC/VIRO MOSER, Marchés publics 2009/10, p. 49-80 ; CLERC/FAUCHÈRE, Marchés publics 2010/11, p. 43/72 ; GALLI, Beschaffungswesen, p. 103 ss ; MOSER, Überblick, p. 682-692 ; les arrêts rendus par le TAF et par [shyl](#)'ancienne CRM sont accessibles sous <<http://www.bvger.ch/recht/00551/index.html?lang=fr>>). La **LMI** est **inapplicable** aux marchés publics de la Confédération (Mess-LMI, p. 1230 s. ; *infra* N 86).

b) Marchés publics cantonaux et communaux

- 30 Les marchés publics de niveaux cantonal et communal sont régis par les accords internationaux auxquels la Suisse est partie (*infra* N 31), par quelques règles de droit fédéral (*infra* N 32), par du droit intercantonal (*infra* N 33 s.) ainsi que par des réglementations cantonales et communales (*infra* N 35) (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Beschaffungsrecht, p. 20-43 ; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Beschaffungswesen, p. 5-35 ; FETZ, Beschaffungsrecht, N 21 ; CLERC, Marchés, p. 383-395, 419 s., 432-443 ; MICHEL, Marchés publics, N 1873-1900 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, p. 375-379 ; LANG, Offertenbehandlung, p. 225-248. Pour un aperçu de la jurisprudence en matière de marchés publics cantonaux, voir GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Beschaffungsrecht ; MOSER, Überblick, p. 682-692 ; voir aussi les résumés semestriels de jurisprudence publiés dans DC ; voir aussi pour les arrêts complets, <<http://www.simap.ch>>).
- 31 Les **accords internationaux** conclus par la Suisse en matière de marchés publics lient également les cantons et les communes (art. 5 IV Cst ; *supra* N 27 s.).
- 32 Les marchés publics cantonaux et communaux sont soumis à quelques règles de **droit fédéral**. Il [shys](#)’agit essentiellement de la garantie [shyd](#)’accès non discriminatoire prévue par [shyl](#)’art. 5 LMI en faveur des soumissionnaires domiciliés ou établis en Suisse, ainsi que de la protection juridictionnelle qui y est associée par l’**art. 9 LMI**. Par ailleurs, les art. 38 à 40 de l’**Ordonnance sur les routes nationales** du 7 novembre 2007 (RS 725.111, ORN) règlent la passation des marchés cantonaux relatifs à [shyl](#)’achèvement du réseau des routes nationales tel [shyqu](#)’il a été décidé. Enfin, l’**art. 13 LTrAlp** et [shyl](#)’**art. 14 Otransa** [shys](#)’appliquent aux marchés pour la réalisation des transversales ferroviaires alpines passés par BLS Alp Transit SA.
- 33 En outre, la passation des marchés publics par des pouvoirs adjudicateurs de niveaux cantonal et communal, fait [shyl](#)’objet [shyd](#)’une **réglementation intercantonale**, par le biais de l’**Accord intercantonal sur les marchés publics** du 25 novembre 1994, révisé le 15 mars 2001 (AIMP), ratifié par tous les cantons. [shyl](#)’AIMP poursuit le double but [shyd](#)’une mise en œuvre des accords internationaux en matière de marchés publics et [shyd](#)’une plus grande harmonisation intérieure des marchés publics non visés par les accords internationaux, en particulier les marchés dont la valeur est inférieure aux seuils prévus dans ces accords (Comco, *Préavis sur le 2^e projet de révision AIMP*, DPC 2000/2, p. 270-292). [shyl](#)’Accord intercantonal est accompagné de deux textes, non dotés de force obligatoire, adoptés par [shyl](#)’Autorité intercantonale pour les marchés publics qui est composée des membres de la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de [shyl](#)’aménagement du territoire et de la

protection de [shyl](#)'environnement (DTAP) (art. 4 AIMP). Il [shys](#)'agit, [shyd](#)'une part, de Directives-type [shyd](#)'exécution de [shyl](#)'AIMP (**Directives AIMP**) appelées à servir de modèle aux réglementations cantonales [shyd](#)'exécution de [shyl](#)'AIMP (art. 3 AIMP) et, [shyd](#)'autre part, [shyd](#)'un Message-type pour la révision de [shyl](#)'AIMP de juin 2001 (**Message-type AIMP**) (CLERC, Marchés, p. 395-398). Selon le Tribunal fédéral, les Directives AIMP, même si elles ne sont pas dotées de force juridique contraignante, permettent de comprendre les principes contenus dans [shyl](#)'AIMP et jouent un rôle important, en particulier lorsqu'un canton [shyn](#)'a pas encore adopté de réglementation cantonale [shyd](#)'exécution. En cas de doute dans [shy](#)-l'interprétation de [shyl](#)'AIMP, le texte de [shyl](#)'AIMP et celui de la LMP peuvent aussi fournir des éléments [shyd](#)'argumentation (ATF 125 II 86, c. 7a ; ATF 130 I 156, c. 2.7.1 ; autre cas [shyd](#)'application des directives, ATF 125 I 203 c. 3a).

Certains cantons avaient adopté, sur le plan bilatéral ou multilatéral, des **conventions de** 34 **réciprocité** avec des cantons voisins ou des régions frontalières voisines. Si elles avaient une signification transitoire et marquaient une volonté politique [shyd](#)'ouverture des marchés publics, les conventions de réciprocité **entre cantons** ont perdu toute portée propre dès le moment où tous les cantons ont adhéré à [shyl](#)'AIMP tel que révisé le 15 mars 2001 et ont transposé dans leurs réglementations cantonales les obligations découlant de [shyl](#)'AIMP, de [shyl](#)'Accord MP, de la Convention AELE, de la LMI et de [shyl](#)'AIMP (CLERC, Marchés, p. 398 s., 443-446). Certaines conventions entre cantons demeurent formellement en vigueur (p. ex., les conventions signées par le canton de Saint-Gall avec ceux de Schwyz, Zurich, Thurgovie, Appenzell Rhodes extérieures et Rhodes intérieures, Argovie, Zoug, Bâle-Ville, RS SG 736.52 à 736.59) En revanche, les conventions de réciprocité conclues entre des cantons et des **régions frontalières** [shyd](#)'Etats voisins conservent un champ [shyd](#)'application propre pour les marchés non couverts par les accords internationaux, en particulier les marchés dont la valeur est inférieure aux seuils internationaux ou les marchés de services non énumérés dans ces accords. Tel est par exemple le cas de la convention de réciprocité conclue le 5 juillet 1994 entre le canton de Saint-Gall et le Land de Bade-Wurtemberg (Gegenrechtserklärung im Submissionswesen gegenüber dem Land Baden-Württemberg, RS SG 736.51). Le fait que le législateur de Saint-Gall ait maintenu, dans sa loi cantonale sur les marchés publics révisée en dernier lieu le 21 juin 2002, [shyl](#)'habilitation au gouvernement cantonal de conclure des conventions de réciprocité avec [shyd](#)'autres cantons ou Etats tend à indiquer [shyl](#)'importance au moins politique attachée à ces conventions (art. 7 Einführungsgesetz zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 2. April 1998, RS SG 841.1).

Les **réglementations cantonales** sur les marchés publics constituent des dispositions [shy](#)- 35 [d'exécution](#) du droit supérieur (AIMP, LMI, ORN et accords intercantonaux), qui suivent plus

ou moins fidèlement le modèle des Directives AIMP. Dès lors que les communes sont aussi soumises à [shy](#)l'AIMP, la portée pratique de réglementations communales en matière de marchés publics est désormais très réduite. Selon le principe de la hiérarchie des normes, les réglementations cantonales et communales en matière de marchés publics doivent respecter le droit international, le droit fédéral et le droit intercantonal applicables (ATF 125 I 406 c. 2.b ; voir notamment les préavis donnés par la Comco sur la compatibilité des nouvelles réglementations cantonales, *infra* N 47).

4. Rapport entre [shy](#)l'art. 5 LMI et les droits cantonaux/communaux

- 36 L'art. 5 LMI est une **réglementation fédérale limitée aux principes**, dans le cadre de laquelle il appartient au « **droit cantonal ou intercantonal** » de régir la passation des marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales (Mess-LMI, p. 1249 s.). Le renvoi au « droit cantonal » comporte aussi celui au **droit communal**, dans les cantons connaissant une autonomie communale en matière de marchés publics (explications données par [shy](#)l'administration dans le procès-verbal de la commission de [shy](#)l'économie et des redevances du Conseil des Etats du 31.8.1995, p. 12). [shy](#)L'art. 5 I LMI règle ainsi les **rapports entre droits fédéral et cantonal** : la passation des marchés publics de niveaux cantonal et communal est régie par la réglementation cantonale ou communale, pour autant que celle-ci respecte les règles minimales de la LMI (ATF 125 II 86, c. 1c ; COTTIER/WAGNER, BGBM, p. 1587).
- 37 [style-vj=1](#)Les relations entre [shy](#)l'art. 5 LMI et les réglementations intercantionales, cantonales ou communales en matière de marchés publics sont soumises au principe général de la **primauté du droit fédéral** (art. 49 Cst). Selon la hiérarchie des normes, le droit fédéral prime aussi bien le droit cantonal que le droit intercantonal (art. 49 et 48 III Cst). Selon [shy](#)l'art. 5 I/2 LMI, les exigences minimales de la LMI doivent être respectées dans les **prescriptions** (réglementations cantonales ou communales, conventions de réciprocité ou accords intercantonaux, tel [shy](#)l'AIMP) et dans les **décisions** prises en application de ces règles (WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 170). La proposition formulée par la commission de [shy](#)l'économie et des redevances du Conseil des Etats de limiter le contrôle aux seules règles cantonales et intercantionales, et non aux décisions prises sur cette base, [shyn](#)'a pas été suivie (CLERC, Marchés, p. 433). La LMI constitue un **standard minimum**, mais elle [shyn](#)'est **pas subsidiaire**. Son applicabilité [shyn](#)'est pas levée lorsqu'existent des règles cantonales ou communales conformes à ses exigences. Lorsqu'un marché particulier est passé en violation de la LMI (et des règles cantonales ou communales), le soumissionnaire lésé peut recourir en

ins^{hy}voquant (aussi) la violation de la LMI (*infra* N 130 ; CLERC, Marchés, p. 433 ; ^{shy}d'une autre opinion, ^{shy}ULRICH, Öffentliche Aufträge, p. 135 ; WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 175). ^{style-vj=1}Sous ^{shy}l'angle de la technique législative, la solution retenue par le législateur ^{shy}- 38 d'une loi limitée aux principes diffère du **projet du Conseil fédéral** qui était fondé sur une subsidiarité conditionnelle de ^{shy}l'art. 5 LMI. ^{shy}L'art. 5 III P-LMI prévoyait ^{shy}qu'un accord intercantonal ne ^{shy}l'emportait sur la LMI que ^{shy}s'il satisfaisait aux exigences minimales de la loi (art. 5 III P-LMI, publié in : Mess-LMI, p. 1270). Cette concession au fédéralisme avait été introduite dans le projet LMI suite à une demande de la Conférence des gouvernements cantonaux formulée lors de la procédure de consultation (Mess-LMI, p. 1235 et 1250). La commission économie et redevances du Conseil des États ^{shy}s'est écartée du projet du Conseil fédéral et a mis formellement ^{shy}l'accent, dans ce qui allait devenir la version définitive de la loi, sur la compétence législative des cantons et des communes. Ce changement ^{shy}d'accent ne modifie toutefois matériellement rien à ^{shy}l'exigence du respect des principes contenus dans la LMI (intervention de R. SIMMEN, BO CE 1995 871 et 931 ; WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 169 ; CLERC, Marchés, p. 433 s.).

^{style-vj=1}Depuis la révision de ^{shy}l'AIMP le 15 mars 2001, le champ ^{shy}d'application et les 39 règles de passation de ^{shy}l'accord intercantonal remplissent les exigences minimales de ^{shy}l'art. 5 LMI, de sorte que le rôle de cette disposition se limite à celui ^{shy}d'une aide à ^{shy}l'interprétation de ^{shy}l'AIMP et de gardien ^{shy}d'un standard minimum en cas de révision ultérieure de ^{shy}l'AIMP. Selon une partie de la doctrine toutefois, ^{shy}l'AIMP pourrait aller moins loin que ^{shy}l'art. 5 LMI en ce qui concerne ^{shy}l'assujettissement de tous les organes assumant des tâches cantonales ou communales (art. 8 I/a, c et d et art. 8 II/a AIMP ; *infra* N 89-107). Ont en revanche disparu les divergences qui existaient dans la version initiale de ^{shy}l'AIMP du 25.11.1994 et qui ^{shy}portaient sur ^{shy}l'assujettissement des pouvoirs adjudicateurs communaux (art. 8 I/a et art. 8 II *i.i.* AIMP et art. 5 LMI ; *infra* N 87), celui de tous les marchés, indépendamment de leur valeur (art. 7 AIMP et art. 5 LMI ; *infra* N 82-84), celui de tous les types de services (art. 6 I/c et III AIMP ; art. 5 II LMI ; *infra* N 80) ainsi que sur ^{shy}l'exigence de respect des conditions de travail au lieu de provenance de ^{shy}l'adjudicataire (art. 7 des Directives AIMP ; art. 2 III et V et art. 3 II/a LMI) (interventions de R. STRAHM in : BO CN 1995 1153 s., de J.-P. DELAMURAZ in : BO CN 1995 1154 s. et BO CE 1995 872 s. ; *infra* N 145-167).

5. Interdiction de la discrimination à rebours et clause de la nation la plus favorisée conditionnelle

- 40 En matière de marchés publics, l'**art. 6 LMI** vise [shyl](#)'hypothèse [shyd](#)'une discrimination des soumissionnaires établis en Suisse par rapport aux soumissionnaires établis dans [shyd](#)'autres Etats parties à un **accord international** conclu par la Confédération (art. 6 I LMI) ou par un canton (art. 6 II LMI), ainsi que [shyl](#)'hypothèse [shyd](#)'une discrimination de soumissionnaires établis dans certains cantons suisses par rapport aux soumissionnaires établis dans [shyd](#)'autres cantons parties à un **accord intercantonal** (art. 6 III LMI). Une discrimination peut survenir soit dans le principe de l'**accès** aux marchés publics, soit – mais plus difficilement – dans [shy](#)-l'exercice des **procédures de passation** des marchés.
- 41 L'art. 6 LMI a une portée très limitée en matière de marchés publics, en raison du large champ [shyd](#)'application de [shyl](#)'art. 5 LMI.
- 42 [style-spacing=narrow3](#)L'**interdiction de la discrimination à rebours** des soumissionnaires établis en Suisse par rapport aux soumissionnaires [shyd](#)'autres Etats (**art. 6 I LMI**) vise [shy](#)-l'hypothèse où un **accord international** étendrait le cercle des pouvoirs adjudicateurs ou des marchés assujettis au-delà de ceux visés par [shyl](#)'AIMP et [shyl](#)'art. 5 LMI. Depuis la révision de [shyl](#)'AIMP de 2001, cette disposition est dépourvue de toute portée en matière d'**accès** des soumissionnaires établis en Suisse. Sont en effet désormais soumis à [shyl](#)'AIMP non seulement tous les « autres adjudicateurs selon les traités internationaux en vigueur » (art. 8 I/d AIMP), mais aussi tous les marchés indépendamment de leur valeur (art. 7 I et I^{bis} AIMP) ainsi que tous les types de services (art. 6 I/c AIMP). Dans chaque cas où [shyl](#)'accès aux marchés publics de niveau cantonal ou communal est garanti aux soumissionnaires [shyd](#)'autres Etats, il [shyl](#)'est aussi aux soumissionnaires [shyn](#)aires établis en Suisse. Par ailleurs, une discrimination dans [shy](#)-l'application des règles de la **procédure de passation** est aussi *de facto* exclue. [shyD](#)'une part, les procédures de passation prévues par des accords internationaux sont en principe des règles [shyd](#)'harmonisation applicables indépendamment du domicile ou du siège du soumissionnaire (CLERC, *Marchés*, p. 439 ; de même en droit de [shyl](#)'Union : CJCE, arrêt *Commission c/Belgique* du 25.04.1996, aff. C-87/94, Rec. 1996, p. I-2043, pts 31-33). [shyD](#)'autre part, il est assez peu vraisemblable [shy](#)qu'un canton ou une commune applique aux soumissionnaires suisses une procédure de passation plus restrictive que celle prévue par un accord international ou [shy](#)qu'il puisse justifier une telle différence de traitement sous [shyl](#)'angle de [shyl](#)'égalité dans la loi (art. 8 Cst) et de [shyl](#)'égalité de traitement des concurrents économiques (art. 27 Cst) (AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droit constitutionnel II*, N 986-989 ; SCHWEIZER, *Art. 8 Cst*, N 35-42 ; RHINOW, *Art. 31 aCst*, N 92-94 et 176-185 ; ATF 121 I 129 ; ATF 121 I 279,

c. 4-6 ; SJ 1997, p. 421). Pour éviter une discrimination à rebours, [shyl](#)'art. 5 II LMI concrétise [shyl](#)'art. 6 I LMI en obligeant les cantons à respecter au moins les seuils internationaux par rapport aux soumissionnaires établis en Suisse (*infra* N 171). Enfin, les soumissionnaires extérieurs établis en Suisse bénéficient *ipso facto* de cette même procédure, car [shyl](#)'art. 3 LMI prohibe [shyl](#)'application à un soumissionnaire extérieur de règles différentes, et par hypothèse plus restrictives, que celles applicables aux soumissionnaires locaux (COTTIER/WAGNER, BGBM, p. 1586).

L'**art. 6 II LMI** introduit une **clause de la nation la plus favorisée conditionnelle**, applicable 43 aux **accords internationaux conclus par un ou des cantons** avec des Etats limishytrophes (WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 170 ; CLERC, Marchés, p. 440). Un tel accord existe notamment entre les cantons [shyd](#)'Argovie, Bâle-Ville, Bâle-Campagne, Shaffhouse, Saint-Gall, Thurgovie, Zurich et le Land allemand du Bade-Wurtemberg (WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 173). [shyl](#)L'art. 6 II LMI applique ainsi aux relations internationales des cantons un mécanisme développé par le droit OMC (COTTIER/MERKT, Influence, p. 469). La clause de la nation la plus favorisée (MFN) prévoit que tout avantage octroyé aux ressortissants [shyd](#)'un Etat Membre doit être étendu immédiatement et inconditionnellement aux ressortissants de tout autre Etat Membre de [shyl](#)'accord (art. I GATT ; art. II GATS ; art. 4 TRIPS). Si le principe MFN est à la base du succès de [shyl](#)'ouverture internationale des marchés, des dérogations sont nécessaires dans certains domaines pour préserver [shyl](#)'équilibre global du système, et notamment afin [shyd](#)'éviter que des Etats *free riders* ne bénéficient des concessions offertes par [shyd](#)'autres sans prendre eux-mêmes [shyd](#)'engagements équivalents quant à [shyl](#)'accès à leur propre marché. Dans cette hypothèse, la clause de la nation la plus favorisée conditionnelle (*conditional MFN*) assortit le droit de non-discrimination quant à [shyl](#)'accès au marché [shyd](#)'une réserve de réciprocité (sur la solution apportée à cette problématique dans le cadre de [shyl](#)'AMP, CLERC, Mondialisation, p. 153-156). Si, par exemple, le canton de Saint-Gall avait accordé un meilleur accès à ses marchés publics aux prestataires de services du Land du Bade-Wurtemberg [shyqu](#)'à ceux du canton de Vaud, [shyl](#)'art. 6 II LMI aurait eu pour effet de garantir aux soumissionnaires vaudois le droit au même traitement que les soumissionnaires allemands, mais pour autant que le canton de Vaud garantisse la réciprocité aux soumissionnaires saint-gallois. Les hypothèses de [shyl](#)'art. 6 II et de [shyl](#)'art. 6 III LMI (*infra* N 44) sont les seules dans lesquelles une réserve de réciprocité est compatible avec [shyl](#)'art. 5 LMI (WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 170 ; ZWALD, BGBM, N 138 ; *infra* N 118). Depuis la révision de [shyl](#)'AIMP de 2001 et pour les mêmes raisons déjà exposées en relation avec [shyl](#)'art. 6 I LMI (*supra* N 42), [shyl](#)'art. 6 II LMI a perdu toute portée en matière d'**accès** des soumissionnaires établis en Suisse.

44 [style-vj=1](#)L'art. 6 III LMI applique la **clause de la nation la plus favorisée conditionnelle** dans [shyl](#)'hypothèse où un **accord intercantonal** réserve un meilleur accès aux marchés publics ou un meilleur traitement aux soumissionnaires des cantons parties [shy](#)qu'à ceux des cantons non parties. Selon [shyl](#)'art. 6 III LMI, le soumissionnaire [shyd](#)'un canton non partie à un accord intercantonal [shyn](#)'a accès à un marché passé par un pouvoir adjudicateur visé exclusivement par cet accord, [shy](#)qu'à la condition que son propre canton accorde la réciprocité pour les marchés passés par le même type de pouvoirs adjudicateurs (WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 172 ; CLERC, Marchés, p. 440 s.). En règle générale, [shyl](#)'effet combiné des art. 3 et 5 LMI suffit à assurer [shyl](#)'égalité de traitement des soumissionnaires établis en Suisse. [shyl](#)'art. 6 III LMI [shyn](#)'est susceptible de [shys](#)'appliquer que si le cercle des pouvoirs adjudicateurs tombant dans le champ [shyd](#)'application de [shyl](#)'art. 5 I LMI est plus restreint que celui découlant [shyd](#)'un accord intercantonal, ce qui pourrait être le cas pour certaines entités privées réalisant des projets subventionnés à plus de 50 % par des fonds publics (art. 8 II/b AIMP). Encore faut-il que tous les cantons [shyn](#)'aient pas adhéré à [shyl](#)'accord intercantonal en cause. Il découle de [shyl](#)'adhésion de tous les cantons à [shyl](#)'AIMP du 15.03.2001 que [shyl](#)'art. 6 III LMI [shyn](#)'a aucune portée à [shyl](#)'égard de cet accord. En revanche, [shyl](#)'art. 6 III LMI pourrait retrouver une importance pratique en cas de révision ultérieure de [shyl](#)'AIMP, soit durant la phase transitoire de ratification pendant laquelle certains cantons seraient déjà parties au nouvel AIMP alors que [shyd](#)'autres ne seraient encore parties [shy](#)qu'à [shyl](#)'AIMP antérieur, soit si le nouvel AIMP [shyn](#)'était adopté que par certains cantons et définitivement rejeté par [shyd](#)'autres.

6. Compétences de la Commission de la concurrence

45 Les art. 8 à 10a LMI ainsi que les art. 45-47 LCart confèrent à la Comco cinq moyens [shy](#)-d'intervention afin [shyd](#)'assurer la concurrence effective dans le domaine des marchés publics : les recommandations, les préavis, les avis, les recours et les décisions. Les deux premiers moyens [shyd](#)'action permettent à la Comco [shyd](#)'agir en dehors de tout litige alors que les trois derniers moyens se rapportent aux compétences de la Commission de la concurrence dans des cas [shyd](#)'espèce. En matière de restrictions de droit public à la concurrence contraires aux art. 3 et 5 LMI, la Comco dispose [shyd](#)'une compétence de **surveillance non contraignante**. Les violations alléguées aux art. 3 et 5 LMI sont **sanctionnées** exclusivement par les **tribunaux** saisis [shyd](#)'un recours sur la base de [shyl](#)'art. 9 LMI. Seules les restrictions de droit privé peuvent faire [shyl](#)'objet de décisions de la part de la Comco (Mess-LMI, p. 1252 et 1256 ; Mess-LCart, p. 529 ; CLERC, Marchés, p. 462-470 ; ZWALD, BGBM, N 141 ; ZÄCH, Rolle,

p. 66-82 ; avis Comco du 2.6.1997 sur [shyl](#)'adjudication de [shyl](#)'affichage sur le domaine public de la Ville et du Canton de Genève, DPC 1997, p. 212, pts 16-18). [shyl](#)L'absence de caractère contraignant des interventions de la Comco doit être triplement nuancée. Les recommandations, préavis et avis de la Comco disposent [shyd](#)'abord [shyd](#)'une capacité de persuasion du fait de leur **publication** ainsi [shyqu](#)'en raison du rôle [shyd](#)'autorité de surveillance de la Comco (art. 10a LMI et art. 49 LCart ; ZWALD, BGBM, N 147 ; ZÄCH, Rolle, p. 67 s.). Ensuite, les art. 8a à 8c LMI, introduits par la nouvelle de 2005, obligent les autorités cantonales et communales ainsi que les particuliers victimes ou bénéficiaires de restrictions à [shyl](#)'accès au marché à **collaborer aux investigations** de la Comco par le biais de renseignements et de la mise à disposition des pièces nécessaires. Enfin, [shyl](#)'art. 9 II^{bis} LMI, introduit par la révision du 16 décembre 2005, confère à la Comco la qualité pour **recourir** en cas de restriction induite à [shyl](#)'accès au marché, tout en limitant les conclusions de cette autorité à la seule constatation de la violation de la LMI. Cette dernière disposition trouve aussi application en matière de marchés publics selon [shyl](#)'art. 5 LMI ou de concession de monopole selon [shyl](#)'art. 2 VII LMI (cf. LMI 9, N 91-93, 101, 135).

[style-top=5.2pt](#)Les **recommandations** sont adressées aux autorités afin de promouvoir la 46 concurrence efficace en matière de marchés publics. Elles concernent soit [shyl](#)'élaboration (*de lege ferenda*) de nouvelles prescriptions, soit [shyl](#)'application de prescriptions existantes de droit économique (art. 8 LMI ; art. 45 II LCart ; Mess-LMI, p. 1252 ; Mess-LCart, p. 606). Elles sont formulées de manière générale, sous forme de lignes directrices. Elles permettent [shyd](#)'assurer la compatibilité des réglementations et pratiques en matière de marchés publics avec les exigences de la LCart, de la LMI, des accords internationaux, des nouvelles [shyr](#)ègles fédérales, cantonales et communales en matière de marchés publics ainsi [shyqu](#)'avec les autres exigences du droit fédéral et cantonal. De telles recommandations ont été émises concernant [shyl](#)'application de la LMI aux marchés publics communaux (note [shyd](#)'information de la Comco, du 15 avril 1999, DPC 1999/2, p. 308-315), les contrats de bail à ferme pour la publicité extérieure (recommandations Comco du 17 mai 1999 basées sur [shyl](#)'art. 8 LMI, DPC 1999/2, p. 260-281 ; recommandations Comco du 6 mars 2000 basées sur [shyl](#)'art. 45 II LCart, DPC 2000/1, p. 94-96), les marchés de ciment et béton pour la réalisation des NLFA (recommandation Comco du 18 juin 2007 basée sur [shyl](#)'art. 45 II LCart, DPC 2007/4 p. 489-494), la protection juridictionnelle en matière de marchés publics passés par [arshy](#)masuisse (Comco, DPC 2008/2, p. 356-357, *Verbesserung des Rechtsschutzes bei Beschaffungen durch armasuisse*). Selon un rapport du 27 juin 2000 de la Commission de gestion du Conseil national, [shyl](#)'absence de caractère contraignant des recommandations de la Comco est une des raisons expliquant le manque [shyd](#)'assiduité des cantons dans [shyl](#)'adaptation de leur droit à la

LMI (Effets de la loi fédérale sur le marché intérieur [LMI] sur la libre circulation des services et des personnes en Suisse [cité *Rapport LMI*], FF 2000 5603, 5609).

- 47 [style-vj=1](#) Les **préavis** portent sur des projets [shyd](#)’actes normatifs, notamment en matière de marchés publics, susceptibles [shyd](#)’influencer la concurrence. La Comco doit se prononcer sur les projets [shyd](#)’actes normatifs fédéraux (art. 46 I et II, 1 LCart ; Mess-LCart, p. 606 s.) et peut se prononcer sur les projets cantonaux et communaux (art. 46 II, 2 LCart ; art. 8 II LMI ; ZÄCH, Rolle, p. 70-79). La Comco [shys](#)’est déjà prononcée sur les projets de loi sur les soumissions des cantons de Bâle-Ville et Bâle-Campagne (DPC 1997/4, p. 591), de Uri (ZÄCH, Rolle, p. 70-72), du Jura, de Lucerne, du Tessin (DPC 1997/4, p. 430 et 437 s.), de Neuchâtel (DPC 1998/2, p. 336-343) et de Genève (DPC 2004/4, p. 1180-1187). Elle a également donné un préavis sur deux projets de révision de [shyl](#)’AIMP du 25 mars 1998 (DPC 1998/2, p. 329-336) et du 1^{er} février 2000 (DPC 2000/2, p. 270 ss). Au niveau fédéral, la Comco [shys](#)’est prononcée sur - [shyl](#)’avant-projet de révision de la loi fédérale sur les marchés publics (rapport annuel 2008 de la Comco, DPC 2009 p. 25 ; voir aussi à ce sujet le rapport du Secrétariat de la Comco concernant la révision du droit des marchés publics, DPC 2006/2, p. 392-417).
- 48 [style-vj=1](#) La compétence de la Comco de donner un **avis sur un cas** [shyd](#)’espèce varie selon [shyq](#)’elle est saisie au titre de la LMI ou de la LCart et selon que la restriction de la concurrence relève du droit public ou privé (art. 10 LMI ; art. 47 et art. 15 I LCart ; Mess-LMI, p. 1256). La Comco a [shyl](#)’obligation de se prononcer, directement ou par [shyl](#)’intermédiaire de son Secrétariat, au titre de la LCart, alors que les expertises au titre de la LMI sont facultatives. En cas de restriction de droit public à la concurrence prohibée par la LMI, les autorités administratives cantonales ou communales, en particulier les pouvoirs adjudicateurs eux-mêmes, ainsi que les autorités judiciaires cantonales ou fédérales ont la faculté, mais non [shyl](#)’obligation, de saisir la Comco [shyd](#)’une demande d’**avis** ou d’**audition** (CLERC, Marchés, p. 466 s. ; ZÄCH, Rolle, p. 69 ; faculté jugée discutable, mais admise par MARTENET pour ce qui concerne les pouvoirs adjudicateurs, voir LMI 10 N 20 ; pour un exemple [shyd](#)’avis de la Comco, voir ATF 136 II 470 relatif à [shyl](#)’art. 4 III^{bis} LMI en matière de reconnaissance des certificats de capacité). [shyl](#)’avis donné par la Comco ne lie pas [shyl](#)’autorité qui [shyl](#)’a demandé, de sorte [shyq](#)’il ne peut pas non plus faire [shyl](#)’objet [shyd](#)’un recours (ZÄCH, Rolle, p. 69). *A contrario*, la Comco ne peut intervenir ni de sa propre initiative ni à la demande [shyd](#)’un particulier pour fournir un avis sur une restriction de droit public à [shyl](#)’occasion [shyd](#)’un marché particulier, car elle est uniquement une autorité de surveillance, et non de décision (ZWALD, BGBM, N 150 et 144 ; ZÄCH, Rolle, p. 81 s.). Les particuliers doivent poursuivre les violations des art. 3 et 5 LMI devant les autorités juridictionnelles prévues par les voies de recours cantonales exigées par [shyl](#)’art. 9 LMI (Comco, *avis du 2.6.1997 sur [shyl](#)’adjudication*

de [shyl](#) l'affichage sur le domaine public de la Ville et du Canton de Genève, DPC 1997/2, p. 212, ch. 16-18 ; Secrétariat Comco, DPC 1998/2, p. 198, *Ärztliche Notfalldienste in der Stadt Zürich*, ch. 21). Cette limitation quant à la saisine de la Comco a vu sa portée réduite par la révision de la LMI du 16 décembre 2005, qui permet désormais à la Comco de former **recours**, [shyd](#) d'elle-même ou sur demande [shyd](#) d'un particulier, afin de faire constater une violation de la LMI (*infra* N 49) ; cf. LMI 9 N 91-93, 101, 135).

[style-vj=1](#)L'art. 9 II^{bis} LMI confère à la Comco un **droit de recours** (*Behördenbeschwerde*) 49 pour faire constater [shy](#) qu'une décision (cantonale ou communale) restreint indûment [shy](#) l'accès au marché, notamment en cas de violation des art. 3 et 5 LMI. Cette disposition a été introduite par la révision du 16 décembre 2005, alors [shy](#) qu'une proposition en ce sens avait été écartée de la première version de la LMI (art. 10 IV/c AP-LMI supprimé à [shyl](#) l'issue de la procédure de consultation ; cf. LMI 9 N 14 et 69). Elle vise à rendre la LMI plus efficace (Mess-rév.LMI, p. 435) et à accélérer [shyl](#) l'ouverture du marché intérieur dont la Commission de gestion du Conseil national avait constaté en juin 2000 [shy](#) qu'il progressait trop lentement et en ordre dispersé, au hasard des recours des particuliers (Rapport LMI, p. 5610-5612). La Comco dispose ainsi du moyen de porter devant les tribunaux les questions clés encore ouvertes en rapport avec [shyl](#) l'accès au marché (Mess-rév.LMI, p. 446). Le droit de recours de la Comco est autonome, de sorte [shy](#) qu'il peut être interjeté aussi bien parallèlement au recours déposé par le particulier concerné [shy](#) qu'indépendamment de tout recours individuel (Mess-rév.LMI, p. 446). Toutefois, la portée des deux recours diffère : tandis que le recours de la Comco est limité par [shyl](#) l'art. 9 II^{bis} LMI à la seule constatation de la violation, le droit de recours du particulier peut en revanche viser à [shyl](#) l'obtention [shyd](#) d'un jugement formateur (Mess-rév.LMI, p. 446). Afin que la Comco puisse, le cas échéant, exercer son droit de recours, les autorités et tribunaux sont tenus de lui transmettre spontanément leurs décisions et jugements rendus en application de la LMI (art. 10a II LMI). La Comco a recouru contre plusieurs obstacles à la réalisation du marché intérieur (notamment ATF 134 II 329 sur [shyl](#) l'exigence préalable de cinq ans de pratique dans le canton avant de pouvoir engager un avocat stagiaire ; ATF 135 II 12 sur la liberté [shyd](#) d'établissement [shyd](#) d'un psychothérapeute formé dans un autre canton ; Chambre administrative de la Cour de justice du Canton de Genève, arrêt du 27.03.2012, ATA/173/2012, concernant l'accès des taxis extra-cantonaux à l'aéroport de Genève), mais pas encore en ce qui concerne des restrictions à [shyl](#) l'accès aux marchés publics garantis par [shyl](#) l'art. 5 LMI (voir au surplus LMI 9).

La Comco ne peut prendre de **décisions** [shy](#) qu'à propos de restrictions de droit privé à la 50 concurrence. Une restriction de droit public à la libre concurrence en matière de marchés publics, découlant par exemple [shyd](#) d'une violation des règles de la LMI ou des dispositions

spécifiques en matière de marchés publics, ne peut donner lieu à décision de la Comco (art. 8 et 10 LMI ; art. 26-31 et 45-47 LCart ; Mess-LMI, p. 1252 ; Mess-LCart, p. 529). Les restrictions de droit privé en matière de marchés publics peuvent être essentiellement de deux ordres. [shyD](#)'une part, un pouvoir adjudicateur peut abuser de sa position dominante dans ses relations avec les soumissionnaires, ou participer à un cartel de soumissionnaires en encourageant la formation ou en renforçant les effets (*infra* N 51). [shyD](#)'autre part, les soumissionnaires peuvent former entre eux un cartel portant sur une entente horizontale sur les prix, une répartition des marchés ou des partenaires commerciaux (BOVET, Marchés publics, p. 377 ss ; *infra* N 52-54)

51 [style-top=5.2ptstyle-spacing=narrow2](#)Le droit et la pratique suisses semblent admettre [shy](#)-l'application du droit de la concurrence aux pouvoirs adjudicateurs agissant comme tels dans le cadre de la passation [shyd](#)'un marché public. Le droit de concurrence de [shyl](#)'Union européenne est arrivé à la conclusion inverse, en considérant qu'il [shyn](#)'y a pas lieu de dissocier [shyl](#)'activité [shyd](#)'achat du produit de [shyl](#)'utilisation ultérieure qui en est faite ; [shyc](#)'est [shy](#)-l'utilisation ultérieure du produit acheté qui détermine nécessairement si [shyl](#)'activité [shyd](#)'achat constitue ou non une activité économique, et par conséquent si [shyl](#)'entité acheteuse constitue ou non une entreprise (CJCE, arrêt *FENIN c/Commission* du 11.07.2006, aff. C-205/03 P, Rec. 2006, p. I-6295, pts 25-27). Selon la pratique suivie jusqu'ici par le Secrétariat de la Comco, un **pouvoir adjudicateur** assujéti à une réglementation sur les marchés publics pourrait simultanément être qualifié [shyd](#)'entreprise (de droit privé ou public) soumise à la LCart et, le cas échéant, abuser à ce second titre [shyd](#)'une éventuelle position dominante, notamment par le biais des conditions générales, échelles de tarif et contrats-types (voir LCart 7 ; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Beschaffungswesen, p. 22 et 36-38), ou en raison [shy](#)-d'éventuelles irrégularités durant la procédure de passation du marché, ou du fait [shyd](#)'une attribution directe du marché en [shyl](#)'absence [shyd](#)'un appel [shyd](#)'offres. Le Secrétariat de la Comco a ainsi ouvert une enquête préalable concernant un éventuel abus de position dominante de la part des autorités genevoises dans le cadre de la procédure [shyd](#)'adjudication de la concession [shyd](#)'affichage sur le domaine public de la Ville et du canton de Genève (Secrétariat Comco, DPC 1997/2, p. 132, *Adjudication de shyl'affichage Ville et Canton de Genève*). Le Secrétariat de la Comco a en outre considéré que la conclusion sans appel [shyd](#)'offres, par la ville de Lucerne, [shyd](#)'un contrat [shyd](#)'affermage pour [shyl](#)'affichage sur son domaine public ainsi que sur son patrimoine administratif et financier, constituait un refus abusif de contracter au sens de [shyl](#)'art. 7 II/a LCart (Secrétariat Comco, DPC 2003/1, p. 75, *Plakatierung in der Stadt Luzern*). Le Secrétariat de la Comco a clos sans suite une enquête préalable ouverte contre armasuisse, au motif que ce pouvoir adjudicateur ne disposait pas [shyd](#)'une position dominante

sur le marché mondial de [shyl](#)'achat [shyd](#)'hélicoptères de formation et de transports légers (Secrétariat Comco, DPC 2007/4, p. 517, *Beschaffung von Leichten Transport- und Schulungshelikoptern [LTSH] durch armasuisse*). En revanche, la Comco a adressé des recommandations au Conseil fédéral, basées sur [shyl](#)'art. 45 II LCart, afin [shyd](#)'améliorer la protection juridictionnelle des marchés passés par armasuisse (Comco, DPC 2008/2, p. 356-357, *Verbesserung des Rechtsschutzes bei Beschaffungen durch armasuisse*).

[style-spacing=narrow2style-vj=1](#) Les **soumissionnaires** peuvent conclure des accords 52
horizontaux sur les prix et/ou sur [shyl](#)'allocation des marchés, des territoires ou des partenaires commerciaux ; ce sont les cartels de soumission (art. 5 LCart ; Mess-LCart, p. 570-572 ; CHRIST, *Submissionsabsprache*). Les soumissions concertées peuvent prendre plusieurs formes, par lesquelles les concurrents [shys](#)'entendent par avance pour désigner [shyl](#)'entreprise qui soumettra [shyl](#)'offre gagnante pour un marché faisant [shyl](#)'objet [shyd](#)'une procédure de passation par appel [shyd](#)'offres (OCDE, *Soumissions*, p. 1-2 ; BIGGAR, *Passation*, p. 110 s. ; BOVET, *Marchés publics*, p. 377 ss) :

- **Offres de couvertures** (ou « de complaisance » ou « fictives » ou « symboliques ») : [shyl](#)-l'adjudicataire et [shyl](#)'offre gagnante sont choisis [shyd](#)'avance, tandis que les autres soumissionnaires acceptent de soumettre des offres à des prix supérieurs à celui de [shyl](#)-l'entreprise censée remporter le marché ou de soumettre des offres assorties de conditions notoirement inacceptables par le pouvoir adjudicateur. Pour que cette entente fonctionne, il faut que les rentes acquises par [shyl](#)'adjudicataire soient partagées avec les autres parties à [shyl](#)'entente. Par exemple, en cas de « partage des dépouilles », [shyl](#)'adjudicataire accepte [shyd](#)'indemniser ses concurrents des coûts exposés pour présenter leurs soumissions. Ce supplément est ajouté au prix [shyd](#)'offre de chaque entreprise. Une variante de cette approche consiste pour [shyl](#)'adjudicataire à passer des contrats de sous-traitance ou [shyl](#)-d'approvisionnement avec ses concurrents (sur ce dernier cas, voir décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics, JAAC 2000/64 n° 29, c. 3). Une autre méthode de compensation implique des « redevances de soumissions » payées lors du dépôt de chaque offre par les soumissionnaires à une association professionnelle. La redevance est simplement ajoutée par les soumissionnaires au prix de leur offre, puis les fonds accumulés par [shyl](#)'association sont restitués aux membres par un mécanisme de répartition.
- **Suppression [shyd](#)'offres** : Plusieurs entreprises conviennent de ne pas soumissionner ou de retirer une offre précédemment faite, de sorte que le marché est attribué à [shyl](#)'offre de [shyl](#)-l'entreprise « pré-désignée » comme gagnante.

- **Rotation des offres ou cartel rotatif** : Les entreprises parties à [shyl](#)’entente conviennent que chacune remportera à tour de rôle le marché, tandis que les autres continueront à soumissionner avec des offres de couverture.
- [style-spacing=narrow2](#)**Répartition des marchés** : les entreprises conviennent de se répartir certains clients ou certaines zones géographiques. Les concurrents ne soumissionnent pas ou ne sou[shy](#)mettent [shy](#)qu’une offre de couverture pour les marchés passés par des pouvoirs adjudicateurs ou dans des zones géographiques réservés à [shyd](#)’autres entreprises parties à [shyl](#)’accord.

53 [style-vj=1](#)Tous les pays de [shy](#)L’OCDE prohibent les cartels de soumission. Aussi l’OCDE a-t-elle élaboré des **lignes directrices** indiquant les mesures concrètes détaillées [shy](#)qu’il est recommandé aux pouvoirs adjudicateurs [shyd](#)’adopter afin de prévenir ou détecter les soumissions concertées (OCDE, Soumissions, p. 5-18, <<http://www.oecd.org/competition/bidriggstyle-break=justifying>>). En **Suisse** aussi, la lutte contre les cartels horizontaux, y compris les cartels de soumission, constitue une priorité pour la Comco depuis 2008. Dès lors que les marchés publics représentent environ 14 % du PIB dans les économies développées, les cartels de soumission produisent des effets particulièrement nuisibles, car ils se traduisent directement par des coûts supplémentaires pour les pouvoirs adjudicateurs et indirectement par une charge fiscale correspondante pour les individus et les entreprises. La lutte est menée selon trois axes (Rapport [shyd](#)’activité 2009 de la Comco, DPC 2010/1, p. 18). Au titre de la « prévention & information », des mesures [shy](#)d’information et de sensibilisation sont organisées par le Secrétariat à [shyl](#)’attention des pouvoirs adjudicateurs et des entreprises (soumissionnaires). Au titre de la « détection », le Secrétariat collabore avec les pouvoirs adjudicateurs sur les mesures permettant de détecter des cartels de soumission, notamment par [shyl](#)’analyse des offres. Au titre enfin de la « répression », un accent particulier est mis sur le démantèlement et la sanction des cartels de soumission, comme le montrent les interventions du Secrétariat et les décisions de la Comco résumées ci-après :

- Les accords de distribution exclusive conclus entre plusieurs **entreprises [shyd](#)’asphaltage de Suisse orientale** et des fournisseurs du sud de [shyl](#)’Allemagne permettaient à ces entreprises concurrentes de [shys](#)’entendre sur les prix et les quantités et de procéder à des allocations de territoires. Même si un tel accord situé en amont de la chaîne de production/distribution [shyn](#)’est pas un cartel de soumission proprement dit, il produit des effets restrictifs de concurrence dans le cadre des marchés publics de travaux routiers, dans la mesure où il augmente le coût de [shyl](#)’asphalte pour les entreprises de construction soumissionnaires (Comco, DPC 2000/4, p. 588, *Markt für Strassenbeläge*).

- La **Chambre genevoise de [shyl](#)'étanchéité et de [shyl](#)'asphaltage**, une association regroupant huit des douze entreprises actives dans ce domaine dans le canton de Genève, [shys](#)'est engagée par un accord amiable à ne plus émettre de **recommandations de prix** (Comco, DPC 2001/1, p. 110, *Chambre genevoise de [shyl](#)'étanchéité et de [shyl](#)'asphaltage [CGE]*).
- Dans le cadre [shyd](#)'un accord amiable proposé par le Secrétariat de la Comco, la **Société Suisse des Entrepreneurs (SSE)** a abrogé en 2002 plusieurs clauses de son **règlement sur les offres** (*Angebotswesen*) qui étaient susceptibles de constituer un cartel de soumissionnaires en ce [shy](#)qu'elles prévoyaient [shyl](#)'obligation pour les membres [shy](#)-d'annoncer à une centrale [shyd](#)'annonce (*Meldestelle*) – sous peine de sanctions – les offres soumises dans le cadre [shyd](#)'un appel [shyd](#)'offres, [shyl](#)'obligation pour la centrale [shy](#)-d'annonce [shyd](#)'informer chaque participant au marché public concerné du nom de tous les autres soumissionnaires, ainsi que la possibilité [shyd](#)'organiser des réunions préalables (*Vorversammlungen*) entre les soumissionnaires annoncés. Bien que le règlement modifié contienne toujours, [shyd](#)'une part, [shyl](#)'obligation pour les membres de communiquer immédiatement à la centrale d'annonce leur intention de participer à un appel [shyd](#)'offres déterminé (*Meldesystem*) et, [shyd](#)'autre part, la possibilité [shyd](#)'organiser des réunions (*Versammlungen*) entre soumissionnaires à un marché déterminé afin de discuter de points tels que les délais de remise des offres, les garanties allant au-delà de celles découlant de la norme SIA 118, [shyl](#)'interprétation des différentes positions du cahier des charges, les délais et procédés [shyd](#)'exécution des travaux, la coopération pour le calcul des prix offerts et pour [shyl](#)'élaboration correspondante des offres ou la prise en compte du renchérissement, [shy](#)-l'enquête préalable a été close au motif [shy](#)qu'il ne subsisterait pas [shyd](#)'indice [shyd](#)'un accord illicite selon [shyl](#)'art. 5 LCart. [shy](#)L'obligation pour la SSE et ses membres [shy](#)-d'informer les pouvoirs adjudicateurs concernés de [shyl](#)'existence du système [shyd](#)'annonce préalable de participation (*Meldesystem*), soit sur demande du pouvoir adjudicateur, soit au cas où une réunion était organisée, et la possibilité pour lesdits pouvoirs adjudicateurs de participer aux réunions semblent avoir constitué des garanties suffisantes [shy](#)qu'il ne [shy](#)-s'agissait pas [shyd](#)'un accord sur les prix (Secrétariat Comco, DPC 2003/4, p. 726, *Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbandes*). Les conséquences du maintien [shyd](#)'un tel règlement instituant une centrale [shyd](#)'échanges [shyd](#)'information peuvent être observées dans la décision de la Comco sur le cartel des installateurs électriques bernois, où seules les entreprises participantes au cartel de soumissions ont été sanctionnées, alors que [shyl](#)'enquête a été close sans suite contre [shyl](#)'association professionnelle opérant

une plate-forme [shyd](#)'échange [shyd](#)'information entre les soumissionnaires (voir *infra* et Comco, DPC 2009/3, p. 196, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*).

- L'existence de cartels de soumissionnaires a été laissée ouverte en ce qui concerne la passation de **marchés pour [shyl](#)'entreposage de pommes de terre**. [shyl](#)L'absence de concurrence efficace dans ce secteur découlait en premier de la réglementation spécifique applicable en la matière ainsi que des conditions et modalités de passation des marchés en cause. [shyl](#)L'enquête préalable a été close, tandis que les suggestions du Secrétariat sur les aspects réglementaires (basées soit sur [shyl](#)'art. 45 II, soit sur [shyl](#)'art. 46 II LCart) ont été prises en compte dans le cadre de la politique agricole 2011 (Secrétariat Comco, DPC 2005/3, *Vergabe von Lagerungsaufträgen* ; Rapport annuel 2005 de la Comco, DPC 2006/1, p. 16).

[style-top=-0.5pt](#)– L'utilisation de **clauses [shyd](#)'architecte ou [shyd](#)'entrepreneur dans les contrats de vente immobilière dans le canton de Genève**, en relation avec les projets de construction réalisés par les caisses publiques de pension, ne constitue ni un accord restrictif de concurrence (l'ajout de telles clauses [shyn](#)'étant pas systématique et ne reposant pas sur un accord entre les architectes ou entrepreneurs), ni un abus de position dominante sous forme de transactions couplées (faute de position dominante du vendeur propriétaire [shyd](#)'un terrain particulier). Par ailleurs, comme [shyl](#)'existence [shyd](#)'une clause [shyd](#)'architecte empêchait les caisses de pension de respecter leur obligation légale de passer un marché public pour attribuer les mandats [shyd](#)'architecte et les marchés de travaux à réaliser sur le terrain acheté, le règlement genevois sur la passation des marchés publics de travaux a exclu les caisses publiques de pension pour ce qui concerne leurs activités commerciales lorsqu'elles sont en concurrence avec des caisses de pension privées [shyl](#)(Secrétariat Comco, DPC 2005/4, p. 605, *Clauses [shyd](#)'architecte ou [shyd](#)'entrepreneur – Caisses de pension – Canton de Genève*). La légalité d'une telle exclusion au regard du droit des marchés nous paraît sujette à caution.

- Aucun accord illicite sur les prix et aucune répartition de territoires [shyn](#)'ont été constatés entre les trois fournisseurs suisses de **ciment et de béton pour les tunnels des NLFA** (Lötschberg et Gothard), de sorte que la Comco a clos [shyl](#)'enquête. Les prix élevés étaient essentiellement imputables aux coûts de transport (accès difficile) et autres coûts logistiques ainsi [shyl](#)qu'aux exigences de qualité posées par les pouvoirs adjudicateurs (Comco, DPC 2007/3, p. 415, *Neue Eisenbahn-Alpentransversale [NEAT]*). Sur la base des constats tirés de [shyl](#)'enquête, la Comco a émis des recommandations à [shyl](#)'attention du Conseil fédéral, basées sur [shyl](#)'art. 45 II LCart, en vue notamment des nouveaux appels [shyd](#)'offres pour les travaux relatifs au tunnel du Ceneri, en particulier en ce qui concerne la demande [shyl](#)-

d'offres alternatives concernant le transport et les standards de qualité (Comco, DPC 2007/3, p. 489, *Beschaffung von Zement und Beton für Grossprojekte, beruhend auf den Erfahrungen bei der Neuen Eisenbahn-Alpentransversale [NEAT]*).

- Un cartel rotatif entre soumissionnaires viole [shyl](#)'art. 5 III LCart. Une convention conclue entre toutes les entreprises locales (sauf une) actives sur le marché de l'**asphaltage des routes dans le canton du Tessin** prévoyait expressément une répartition des marchés en fonction des partenaires commerciaux (art. 5 III/c LCart) et la fixation directe des prix (art. 5 III/a LCart) pour les mandats publics et privés pour la période 1999-2004. La décision de la Comco constate la violation de la LCart, mais [shyn](#)'inflige aucune amende sur la base de [shyl](#)'art. 49a I LCart, car [shyl](#)'accord a été supprimé juste avant [shyl](#)'entrée en vigueur des nouvelles dispositions de la LCart le 1.4.2005 (Comco, DPC 2008/1, p. 50, *Pavimentazioni stradali in Ticino*; confirmée sur le fond et sur le principe de publication de la décision de la Comco par jugement du TAF, DPC 2008/2, p. 358 ; TAF, DPC 2010/2, p. 368 et TAF, DPC 2010/2, p. 393). Suite à la décision de la Comco, le canton du Tessin et la ville de Lugano ont recherché en responsabilité civile les dix-sept entreprises concernées. Ces dernières se sont engagées par une convention conclue en 2012 à verser une indemnité totale de CHF 4'350'000.- (communiqué de presse du canton du Tessin du 10.04.2012 et convention, <http://www3.ti.ch//CAN/cartellastampa/pdf-cartella-stampa-840109203445.pdf>).
- La Comco a clos en novembre 2007 une enquête portant sur les prix des **travaux de rénovation de la bibliothèque nationale**, qui avait fait [shyl](#)'objet [shyd](#)'une première décision en 2001, partiellement annulée sur appel. Bien [shy](#)qu'il existât des indices [shyd](#)'un accord illicite entre les quatre entreprises de construction soumissionnaires pour le marché en cause, la preuve exigée par la Commission de recours pour les questions de concurrence, selon laquelle le pouvoir adjudicateur disposait [shyd](#)'une estimation des coûts détaillée et fiable, [shyn](#)'a pas pu être apportée. Une telle preuve aurait été nécessaire pour documenter la différence de prix entre les quatre offres de soumission contestées et une estimation des coûts fiable (Comco, DPC 2009/4, p. 339, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek [SLB]*; Comco, rapport annuel 2007 de la Comco, DPC 2008/1, p. 22 ; CoRe, DPC 2005/4, p. 704, *Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG/Weko*; TF, DPC 2005/3, p. 580 ; CoRe, DPC 2005/1, p. 183 ; Comco, DPC 2002/1, p. 130, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek [SLB]*).

[style-top=-0.5pt](#)– Les entreprises [shyd](#)'installations électriques de la région de Berne ont opéré des cartels de soumission entre 2006 et 2008 pour les gros marchés passés dans la

région, en échangeant des informations relatives aux prix et aux clients et en se répartissant les marchés en [shys](#)'entendant préalablement sur les offres présentées par chaque entreprise, de sorte que la concurrence était pour ainsi dire inexistante et que la notion même [shyd](#)'appel [shyd](#)'offres était réduite à néant. Des rencontres mensuelles permettaient la coordination entre les entreprises concernées (dénommées « le groupe E7 »). [shyL](#)'enquête fut déclenchée par la dénonciation [shyd](#)'un *whistleblower* (un tiers non participant au cartel) et débuta par des perquisitions menées dans les locaux des entreprises parties au cartel ainsi [shyqu](#)'au siège du Secrétariat des trois associations professionnelles bernoises concernées. La décision de la Comco a non seulement interdit le cartel de soumission impliquant un accord sur les prix et sur une répartition des partenaires commerciaux (art. 3 III/a et c LCart), mais a aussi imposé pour la première fois à un tel cartel de soumissions des amendes selon [shyl](#)'art. 49a I LCart. En raison des rencontres mensuelles, les accords individuels revêtaient un caractère de durée justifiant une aggravation du montant des amendes. Inversement, trois des entreprises concernées ont, après la perquisition, demandé à bénéficier du programme de clémence (art. 49a II LCart et art. 8-14 OS LCart), en collaborant à [shyl](#)'enquête et en accélérant ainsi la découverte des preuves pertinentes parmi les pièces récoltées durant les perquisitions. De ce fait, la première des entreprises [shyprises](#) à [shys](#)'être annoncée a bénéficié [shyd](#)'une immunité totale, qui est réservée par [shyl](#)'art. 8 OS LCart à [shyl](#)'entreprise qui soit dénonce un accord illicite non détecté, soit apporte des preuves permettant la condamnation [shyd](#)'un accord illicite connu mais non encore prouvé. Deux autres entreprises qui ont annoncé plus tard leur volonté de coopérer ont bénéficié [shyd](#)'une réduction partielle de leur amende de 40 % (art. 12 OS LCart) (Comco, DPC 2009/3, p. 196, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*). En revanche, [shyl](#)'enquête a été close pour ce qui concerne les associations professionnelles bernoises qui opéraient comme centrale [shyd](#)'annonce (*Meldestelle*) en offrant une plate-forme [shyd](#)'information à travers laquelle étaient mis à disposition les appels [shyd](#)'offres, les annonces optionnelles des entreprises ayant [shyl](#)'intention de soumissionner, la communication en retour à chaque soumissionnaire des noms de tous les autres soumissionnaires ainsi [shyqu](#)'un programme de calcul des offres (ch. 9 de la décision et n. 8 se référant expressément au règlement sur la centrale [shyd](#)'information approuvé par le Secrétariat de la Comco en ce qui concerne la SSE exposé ci-dessus et disponible sous DPC 2003/4, p. 726, *Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbandes*). [shyL](#)'abandon des poursuites a été motivé par le fait que les associations [shyn](#)'auraient pas participé activement aux accords illicites, et en particulier que la centrale [shyd](#)'annonce opérée par [shyl](#)'une des associations, bien que

permettant la transparence et les contacts entre soumissionnaires, [shyn](#)’aurait joué tout au plus [shyqu](#)’un rôle marginal dans le cartel de soumission (ch. 22 de la décision).

- Dans le domaine de la **construction des routes et du génie civil dans les cantons de Zurich et [shyd](#)’Argovie**, des perquisitions ont eu lieu en juin 2009, suite à des informations transmises au Secrétariat de la Comco par un dénonciateur. Une levée des scellés posés sur les pièces saisies chez certaines des entreprises perquisitionnées a été décidée par le Tribunal pénal fédéral (TPF, DPC 2010/1, p. 226). En décembre 2011, la Comco a adopté une décision imposant des amendes pour un montant total de 4.3 millions de francs à 18 entreprises de construction du canton d’Argovie. Ces entreprises ont formé une centaine de cartels de soumission entre 2006 et 2009, en coordonnant le montant de leurs offres et en se répartissant les marchés tant publics que privés de construction et les clients. Sept des entreprises concernées ont coopéré activement à l’enquête dans le cadre du programme de clémence et ont bénéficié à ce titre d’une réduction d’amende, voire d’une immunité complète pour l’une d’elle (Comco, décision du 16.12.2011, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*, à paraître dans DPC 2012). L’enquête parallèle concernant la construction de routes et le génie civil dans le canton de Zurich se poursuit encore en mai 2012 (Rapport annuel 2011 de la Comco, DPC 2012/1, p. 22).

[style-top=-0.5pt](#)– D’autres cas de cartels de prix entre entreprises dans le domaine de la construction ont été mis à jour et sanctionnés par la Comco au titre de [shyl](#)’art. 5 III/a LCart, en relation avec [shyl](#)’art. 49a I LCart. Un premier cas concerne quatre grossistes ou détaillants, actifs en Suisse dans le domaine des **ferrements pour fenêtres et portes-fenêtres** de [shy](#)marques concurrentes, qui se sont régulièrement concertés préalablement [shyd](#)’une part, sur le moment où ils allaient répercuter auprès des acheteurs les hausses de prix qui leur avaient été communiquées par leurs fournisseurs (tous fabricants sis à [shy](#)-l’étranger) et, [shyd](#)’autre part, sur le niveau de [shyl](#)’augmentation de prix qui serait répercuté (Comco, DPC 2010/4, p. 717, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*). Un deuxième cas sanctionne un fabricant de **composants [shyd](#)’installations sanitaires, de chauffage et de climatisation**, pour [shys](#)’être concerté avec un concurrent sur le montant et le moment des augmentations de prix. [shyl](#)’accord sur les prix entre les deux entreprises, actives en Europe, a déployé des effets en Suisse. Seule une entreprise a été sanctionnée, [shyl](#)’autre ayant fait usage du programme de clémence pour [shys](#)’auto-dénoncer en Suisse auprès de la Comco après [shyqu](#)’une perquisition relative à ce même cartel a eu lieu au niveau européen (Comco, décision du 10.05.2010, *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen*, à paraître dans DPC 2012). Ces cas ne constituent pas des cartels de soumission proprement dits, dans la mesure où [shyl](#)’accord sur les prix entre entreprises ne

cible pas particulièrement les marchés publics, mais affecte de la même manière tous les maîtres [shyd](#)’ouvrage, tant privés que publics. A ce second titre, ils méritent toutefois [shy](#)-d’être mentionnés.

54 En cas de cartel de soumissions, le **droit de la concurrence** et le **droit des marchés publics** [shys](#)’appliquent **cumulativement** (CoRe, DPC 2005/1, p. 183, *Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG/Weko*, c. 5.1-5.2 ; Comco, DPC 2009/3, p. 196, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*, ch. 42-47 ; implicitement pour le TF, DPC 2005/3, p. 583, *Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement/Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG, Reko, Weko*, c. 3.3). Les réglementations sur les marchés publics prévoient plusieurs moyens [shyd](#)’action pour les pouvoirs adjudicateurs en cas de dépôt [shyd](#)’offres concertées, à savoir soit [shyl](#)’exclusion des soumissionnaires concernés, soit, lorsque toutes les offres étaient concertées, [shyl](#)’interruption et à la répétition de la procédure de passation, voire une adjudication de gré à gré à une entreprise tierce non impliquée (pour les marchés fédéraux : art. 11/e LMP ; art. 30 II/b et art. 13 I/b OMP ; pour les marchés cantonaux et communaux : § 27/e, § 36 I/b-c, § 9 I/b des Directives AIMP ; pour un exemple, voir arrêt du TA AG du 19.07.1999, DPC 2000/2, p. 301). Les réglementations cantonales en matière de marchés publics peuvent en outre prévoir comme sanction additionnelle [shyl](#)’exclusion des entreprises parties au cartel de tout marché public ultérieur, pour une durée allant jusqu’à cinq ans (§ 38 Directives AIMP). En cas de découverte de soumissions concertées dans un marché public fédéral, le pouvoir adjudicateur concerné a [shyl](#)’obligation de signaler le cas à la Comco (art. 24 Org-OMP). En revanche, seule la Comco peut imposer des amendes aux entreprises parties à [shyl](#)’entente, et cela sur la seule base du droit de la concurrence (art. 49a I et art. 5 III LCart). Le droit des marchés publics vise en premier lieu à protéger [shyl](#)’intérêt du pouvoir adjudicateur, alors que le droit de la concurrence confère à la Comco la compétence de sanctionner une entente susceptible de supprimer ou restreindre la concurrence efficace entre entreprises (CoRe, DPC 2005/1, p. 183, c. 5.2 ; Comco, DPC 2009/3, p. 196, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*, ch. 43). Une distinction aussi nette entre les buts poursuivis par le droit des marchés publics et par le droit de la concurrence nous paraît excessive. La protection, voire le renforcement de la concurrence efficace entre soumissionnaires figurent aussi bien dans les objectifs de la LMP (art. 1 I/b LMP) que dans les principes généraux de [shyl](#)’AIMP (art. 11/b AIMP). Une procédure de passation de marchés publics ne peut aboutir à une adjudication à [shyl](#)’offre économiquement la plus avantageuse que si les entreprises se font véritablement concurrence, [shyc](#)’est-à-[shy](#)dire déterminent leurs offres de manière autonome (OCDE, Soumissions, p. 1). A [shyl](#)’inverse, [shyl](#)’autorité de concurrence prend nécessairement en compte dans son analyse [shyl](#)’atteinte portée aux intérêts du pouvoir adjudicateur, qui est la

victime directe des effets nuisibles [shyd](#) d'un cartel de soumission. Ni [shyl](#) art. 11/e LMP, ni le § 27/e Directives AIMP ne limitent la possibilité [shyd](#) d'exclure des soumissionnaires ayant soumis des offres concertées aux seuls cartels cachés, [shyc](#) est-à-[shy](#) dire aux cartels dont [shy](#)-l'existence [shyn](#) aurait pas été révélée au pouvoir adjudicateur (dans un sens différent, Comco, DPC 2009/3, p. 196, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*, ch. 44). Tel ne saurait être non plus [shyl](#) l'intention du législateur, car un cartel de soumissions fausse dans tous les cas les résultats [shyd](#) d'une procédure de passation de marchés publics, que son existence soit ou non connue du pouvoir adjudicateur. Il est au surplus peu vraisemblable que les entreprises soumissionnaires prennent le risque [shyd](#) d'annoncer leur participation à un cartel au pouvoir adjudicateur, car elles [shys](#) s'exposeraient au risque d'une élimination de la procédure de passation de marché en cause et [shyd](#) d'une dénonciation du cartel à la Comco.

II. Analyse

A. Champ [shyd](#)'application

55 Les règles découlant de [shyl](#)'art. 5 LMI ne valent que dans le cadre du champ [shyd](#)'application de cette disposition. Celui-ci est défini [shyd](#)'abord par la notion même de marché public (*infra* N 56-79), puis par les types de marchés (*infra* N 80 s.), la valeur des marchés (*infra* N 82-84), les pouvoirs adjudicateurs visés (*infra* N 85-108) et le cercle des soumissionnaires protégés (*infra* N 109-115).

1. Notion de marché public

a) Définition

56 [style-spacing=narrow2L](#)'art. 5 LMI ne contient aucune définition de la **notion de marché public**. La même remarque vaut pour [shyl](#)'AMP, [shyl](#)'accord MP, la Convention AELE, la LMP, [shyl](#)'OMP et [shyl](#)'AIMP. Selon le Tribunal fédéral, la notion de marché public désigne [shyl](#)'ensemble des contrats relevant du droit privé passés par les pouvoirs publics avec des soumissionnaires (privés) portant sur [shyl](#)'acquisition de fournitures, de constructions ou de services, moyennant un prix que [shyl](#)'Etat [shys](#)'engage à payer. On se trouve en présence [shyd](#)'un marché public lorsque la collectivité publique, qui intervient sur le marché libre en tant que « demandeur » ou « acquéreur » de prestations (« *Nachfrager* »), acquiert auprès [shyd](#)'une entreprise (privée), moyennant le paiement [shyd](#)'un prix, les moyens nécessaires dont elle a besoin pour exécuter ses tâches [pushy](#)bliques. [shyC](#)'est la collectivité publique qui est « consommatrice » (« *Konsument* ») de la prestation et [shyc](#)'est [shyl](#)'entreprise privée qui en est le « fournisseur » (« *Produzent* ») (ATF 125 I 209, c. 6b ; ATF 135 II 49, c. 4.2 ; MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 503). Chacun des éléments de cette définition jurisprudentielle soulève des difficultés [shyd](#)'interprétation qui sont autant de controverses quant aux contours exacts de la notion de marchés publics.

57 Le Tribunal fédéral considère que le paiement [shyd](#)'une prestation soumise au droit des marchés publics peut se faire **autrement que par le seul versement [shyd](#)'un prix**. Toutes les formes de rémunération sont possibles en vertu de [shyl](#)'art. II § 2 AMP, qui sert de cadre pour [shyl](#)'application de la réglementation en matière de marchés publics. Dès lors, même si la Ville de Genève ne verse pas directement une somme [shyd](#)'argent en contrepartie de la fourniture et

gestion [shyd](#) d'un système de vélos en libre-service, cette prestation a bien un prix qui correspond à la diminution du montant offert par les soumissionnaires à la Ville pour la redevance liée à [shyl](#) l'octroi du monopole [shyd](#) d'affichage (ATF 135 II 49, c. 5.2.2).

[style-spacing=narrow2](#) La position de la collectivité publique en tant que « consommatrice » de 58 prestations pose la question de la délimitation difficile entre la notion de marchés publics et celle de **concessions de travaux ou de services** (au sens donné par le droit UE à la notion de concession, mais dont la problématique se retrouve en droit suisse ; BEYELER, Geltungsbereich, N 25-43 et 108-123). Dans une concession de travaux, la contrepartie des travaux [shyn](#) n'est pas un prix, mais le droit pour le concessionnaire [shyd](#) d'exploiter [shyl](#) l'ouvrage, ce qui lui permet de percevoir une redevance des usagers de [shyl](#) l'ouvrage (par exemple, les péages autoroutiers). Par une concession de services, [shyl](#) l'Etat confie à un tiers la gestion totale ou partielle de services qui relèvent normalement de sa responsabilité (tâches publiques) et pour lesquels ce tiers assume les risques [shyd](#) d'exploitation. La distinction entre marché public et concession a acquis une importance particulière, dès lors que [shyl](#) l'art. 2 VII LMI impose certaines obligations pour la transmission [shyd](#) d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées (*infra* N 61-63 et cf. LMI 2 VII).

La définition de la notion de marchés publics par le Tribunal fédéral inclut la conclusion [shy-](#) 59 d'un **contrat de droit privé** entre le pouvoir adjudicateur et [shyl](#) l'adjudicataire, ce qui implique que [shyl](#) l'Etat se procure auprès de [shyl](#) l'adjudicataire des fournitures ou des services dont il a besoin afin [shyd](#) d'accomplir lui-même une tâche publique (ATF 125 I 209, c. 6b). Le Tribunal fédéral a qualifié de contrat de droit privé [shyl](#) l'accord conclu, à [shyl](#) l'issue [shyd](#) d'un marché public de services, entre une association de communes grisonnes et un adjudicataire privé concernant la collecte des déchets communaux (ATF 134 II 297, c. 2-3). *A contrario*, lorsque [shyl](#) l'Etat transfère [shyl](#) l'exploitation et la responsabilité [shyd](#) d'un service public à une personne privée (cas échéant moyennant subvention), il conclut un contrat de droit administratif. Tel serait le cas [shyd](#) d'une subvention versée par [shyl](#) l'Etat à une école privée [shyd](#) d'informatique pour donner des cours aux chômeurs (ATF 128 III 250, c. 2b-c). Toutefois, le Tribunal fédéral semble ne plus exclure que la conclusion [shyd](#) d'un contrat de droit administratif puisse relever du droit des marchés publics, en raison du caractère mouvant de la distinction entre délégation de tâche publique (effectuée par contrat de droit administratif) et *blosse Hilfstätigkeit* (activité auxiliaire par laquelle [shyl](#) l'Etat se procure des fournitures ou services dont il a besoin pour réaliser lui-même une tâche publique, et qui est effectuée par contrat de droit privé) (ATF 134 II 297, c. 2-3 ; ATF 135 II 49, 54 ; BEYELER, Geltungsbereich, N 72 et 84 ss ; POLTIER, Subventions, N 99).

60 [style-vj=1](#)La définition de marchés publics nécessite [shyl](#)'existence [shyd](#)'un **contrat**, par opposition à un acte administratif unilatéral ou à [shyl](#)'exercice [shyd](#)'une compétence prévue par la loi. Dans [shyl](#)'UE, la Cour de justice a examiné si [shyl](#)'attribution du contrat de fourniture de services postaux non réservés par un ministère espagnol à Correos, [shyl](#)'entreprise chargée du service postal universel, présentait un caractère contractuel propre à un marché public. La loi espagnole contraignait Correos à fournir le service demandé à toute personne faisant appel au service postal universel, et cela à des tarifs fixes. La Cour de justice a considéré que, si la situation du ministère [shyn](#)'est pas différente de celle qui existe lorsqu'un client privé souhaite faire appel aux services de Correos relevant du service postal universel, la relation doit être qualifiée de contractuelle. En revanche, il y aurait acte administratif unilatéral si [shyl](#)'accord conclu entre Correos et le ministère édicte des obligations à la seule charge de Correos et [shy](#)-qu'il se départit sensiblement des conditions normales de [shyl](#)'offre commerciale de cette société. Il faut vérifier si Correos dispose de la capacité de négocier avec le ministère le contenu concret des prestations à fournir ainsi que les tarifs y relatifs et si cette société peut, en ce qui concerne les services non réservés, résilier [shyl](#)'accord de coopération, moyennant le respect du préavis contractuel (CJCE, arrêt *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia* du 18.12.2007, aff. C-220/06, Rec. 2007, p. I-12175, pts 49-55). Dans l'affaire *Asemfo*, la circonstance voulant que la société prestataire, entièrement détenue par des collectivités publiques, ne dispose [shyd](#)'aucune liberté, ni quant à la suite à donner à une commande faite par lesdites collectivités, ni quant au tarif applicable à ses prestations, indiquait un contrôle exercé par ces collectivités sur le prestataire analogue à celui exercé sur leurs propres services, ce qui caractérise une situation *in house* plutôt [shy](#)qu'un marché public (CJCE, arrêt *Asemfo* du 19.04.2007, aff. C-295/05, Rec. 2007, p. I-2999, pts 49-54). Dans le cas de services de transport [shyd](#)'urgence en ambulance attribués par [shyl](#)'Eastern Regional Health Authority au Dublin City Council (DCC), par ailleurs responsable du service des sapeurs-pompiers à Dublin, la Commission [shyn](#)'a pas suffisamment prouvé [shyl](#)'existence [shyd](#)'une passation de marché, car on ne pouvait exclure que le DCC fournisse ses services en exerçant ses propres compétences, directement tirées de la loi (CJCE, arrêt *Commission c/Irlande* du 18.12.2007, aff. C-532/03, Rec. 2007, p. I-11353, pts 34-37). En Suisse, [shy](#)-l'importance accordée à la **liberté contractuelle** du prestataire joue un rôle fluctuant dans le cadre de la notion de marchés publics. Le Tribunal fédéral a [shyd](#)'abord refusé de qualifier de marché public la désignation [shyd](#)'un dentiste scolaire, notamment au motif que ce dentiste devait appliquer un tarif de prix décidé par le gouvernement cantonal, ce qui rendait impossible toute mise en concurrence des soumission[shyn](#)aires (TF, arrêt du 16.05.2001, 2P.19/2001, c. 1a/cc). Il a ensuite admis l'existence [shyd](#)'un marché public suivi par la conclusion [shyd](#)'un

contrat de droit privé dans le cas de la fourniture par une entreprise privée d'un service [shy](#)-d'enlèvement des ordures communales, en prenant en compte la volonté des parties de se lier par un contrat de droit privé, la description détaillée des prestations contractuelles ainsi que la faible marge de liberté en résultant pour l'entreprise privée. Le Tribunal fédéral a déduit des éléments précités que le service presté pouvait être qualifié d'activité auxiliaire (*Hilfsleistung*) à [shy](#)l'accomplissement [shy](#)d'une tâche publique par le pouvoir adjudicateur (ATF 134 II 297, c. 3.2-3.3).

b) Concessions

La distinction entre concessions et marchés publics est importante dès lors [shy](#)qu'en vertu du 61 principe *lex specialis derogat legi generali*, le Tribunal fédéral exclut [shy](#)l'application concurrente à un cas [shy](#)d'espèce des règles sur les marchés publics et des dispositions de la loi sur le marché intérieur (ATF 135 II 49, c. 4.1 *i.f.*). La **jurisprudence** et la **pratique administrative suisses** sont rares et divergentes en ce qui concerne tant les critères permettant de différencier les deux notions que les règles applicables à [shy](#)l'attribution de concessions :

- Dans une première phase, le **Tribunal fédéral** a entièrement nié que [shy](#)l'affermage du monopole [shy](#)d'affichage sur le domaine public constitue un marché public soumis à la LMI ou à [shy](#)l'AMP. Dans un marché public, [shy](#)l'Etat apparaît comme un demandeur ou un consommateur qui acquiert auprès [shy](#)d'entreprises privées (producteurs ou fournisseurs), moyennant le paiement [shy](#)d'un prix, les fournitures ou services dont il a besoin pour exécuter ses tâches publiques. En concédant le monopole de [shy](#)l'affichage publicitaire sur le domaine public, [shy](#)l'Etat se trouve au contraire dans la position [shy](#)d'un offreur qui « vend » le droit [shy](#)d'utiliser le domaine public moyennant une redevance et diverses prestations accessoires [shy](#)d'affichage officiel dues par le concessionnaire. Il [shy](#)s'agit [shy](#)-d'un contrat mixte indissociable dans lequel [shy](#)l'élément prépondérant, qui est [shy](#)-l'affichage de placards publicitaires à des fins commerciales, ne constitue pas une tâche publique. Les diverses prestations annexes exécutées par le concessionnaire (installation et entretien [shy](#)d'éléments de mobilier urbain ainsi que certaines tâches [shy](#)d'affichage gratuit [shy](#)d'informations officielles et militaires ou de campagnes prophylactiques) [shy](#)n'étaient [shy](#)qu'accessoires au monopole [shy](#)d'affichage et permettaient au concessionnaire [shy](#)-d'exercer son activité commerciale à ses risques et profits (ATF 125 I 209, c. 6 ; critique BELLANGER/BOVET, Affichage, p. 164-166). Le Tribunal fédéral a appliqué le même raisonnement aux décisions par lesquelles la foire suisse de Bâle accepte ou refuse les stands [shy](#)d'exposants intéressés à participer à une foire. [shy](#)L'organisateur [shy](#)d'une foire [shy](#)-

n'acquiert pas des biens ou services, mais il offre au contraire lui-même des prestations (mise à disposition [shyd](#)'une place [shyd](#)'exposition) (ATF 126 I 250, c. 2d/bb). Le Tribunal fédéral a aussi refusé la qualification de marché public à la désignation [shyd](#)'un dentiste scolaire en invoquant notamment le fait que la délégation de tâches publiques est entièrement soumise au droit public, alors [shy](#)qu'un marché public résulte en un contrat de droit privé conclu entre le pouvoir adjudicateur et [shyl](#)'adjudicataire. De plus, le dentiste scolaire devant appliquer un tarif de prix décidé par le gouvernement cantonal, une mise en concurrence des soumissions [shynaires](#), et par conséquent un marché public, était impossible (TF, arrêt du 16.05.2001, 2P.19/2001, c. 1a/cc). Dans le même sens, [shyl](#)'accord par lequel un canton a chargé une école privée de fournir des cours [shyd](#)'informatique à des chômeurs, moyennant versement [shyd](#)'une rémunération par le canton à [shyl](#)'école pour chaque participant aux cours, est qualifié de contrat de droit administratif relatif à [shyl](#)'octroi de subventions. Est déterminant pour cette qualification le fait que [shyl](#)'Etat ne se procure pas par ce contrat des biens ou services pour exercer lui-même directement une tâche publique, mais [shy](#)qu'il en transfère [shyl](#)'accomplissement à une personne privée (ATF 128 III 250, c. 2).

Suite aux critiques de la doctrine et à [shyl](#)'évolution de la pratique qui comporte toujours plus de cas de figure juridiquement et économiquement complexes, le Tribunal fédéral a **précisé** en 2009 sa jurisprudence antérieure (ATF 125 I 209), afin [shyd](#)'éviter [shy](#)qu'une collectivité publique ne détourne [shyl](#)'application des règles sur les marchés publics par le biais de [shyl](#)'octroi [shyd](#)'une concession. Lorsqu'une autorité publique subordonne [shyl](#)'octroi [shyd](#)'une concession à des **contre-prestations [shyd](#)'une certaine importance, dissociables de la concession et qui entrent clairement dans la notion de marché public,** [shyl](#)'acquisition de ces prestations dissociables doit être soumise aux règles de passation propres au droit des marchés publics. En [shyl](#)'espèce, [shyl](#)'octroi [shyd](#)'une concession [shyd](#)'affichage sur le domaine public se doublait de prestations de services annexes consistant en la mise en place et la gestion par le concessionnaire [shyd](#)'un système de vélos en libre-service. Le Tribunal fédéral a opéré une dissociation. [shyD](#)'une part, [shyl](#)'octroi de la concession sur [shyl](#)'affichage public échappe aux exigences du droit des marchés publics, sous réserve des conséquences à tirer de [shyl](#)'art. 2 VII LMI. [shyD](#)'autre part, les prestations liées au système de vélos en libre-service sont soumises au droit des marchés publics : ce système constitue pour [shyl](#)'autorité concédante un moyen de réaliser une tâche publique, notion qui doit être définie largement et qui englobe toutes les activités qui favorisent un intérêt public (*in casu*, la promotion de la mobilité douce en ville) ; il est parfaitement dissociable de la concession [shyd](#)'affichage ; il a un prix qui correspond à la diminution du

montant offert par le soumissionnaire pour la redevance [shyd](#)'affichage, ce qui constitue une forme de rémunération selon [shyl](#)'art. II § 2 AMP ; la fourniture des vélos, leur entretien et les autres prestations liées aux stations automatiques constituent des marchés de fournitures et de services, voire de travaux, au sens de [shyl](#)'art. 6 AIMP ; enfin, le système de vélos en libre-service ne peut, vu sa nature et son importance, être assimilé à une simple prestation accessoire à la concession [shyd](#)'affichage (ATF 135 II 49, c. 4.3-5.3).

[style-top=-0.5pt](#)– Dans une recommandation émise en 1999 sur la base de [shyl](#)'art. 8 LMI, la **Comco** a considéré que les contrats de bail à ferme pour la publicité extérieure touchent aux aspects des marchés publics, de sorte que [shyl](#)'art. 5 LMI [shys](#)'y applique (DPC 1999/2, p. 260, ch. 6-8). Suite à [shyl](#)'ATF 125 I 209 où le Tribunal a nié la qualité de marché public à une concession [shyd](#)'affichage sur le domaine public, la Comco a renouvelé ses recommandations sans en modifier le contenu matériel, mais en les fondant désormais sur [shyl](#)'art. 45 II LCart (DPC 2000/1, p. 94-96). La Comco recommande que [shyl](#)'octroi de concessions liées à [shyl](#)'accomplissement de tâches publiques, y compris celles relatives à [shyl](#)'utilisation du domaine public, soit assujéti aux règles sur les marchés publics (Comco, *Préavis sur le 2^e projet de révision AIMP*, DPC 2000/2, p. 270, ch. 11 ; ég. DPC 1999/2, p. 260, ch. 11-13 ; DPC 2000/1, p. 94, ch. 1). De plus, elle recommande de limiter la durée de la concession à ce qui est économiquement nécessaire (amortissements, intérêts), de renoncer aux clauses de reconduction tacite des contrats, et de renoncer aussi aux clauses [shyd](#)'option qui, à offres égales, octroient à [shyl](#)'entreprise de publicité extérieure titulaire de la concession la préférence sur [shyd](#)'autres entreprises concurrentes lors du renouvellement de cette concession (DPC 1999/2, p. 260, ch. 16-22 ; DPC 2000/1, p. 94, ch. 2-4). La modification de la LMI du 16 décembre 2005 a conduit à [shyl](#)'introduction - [shyd](#)'une nouvelle disposition spécifique à la transmission de monopoles cantonaux ou communaux à des entreprises privées (art. 2 VII LMI), de sorte [shy](#)qu'une application de [shyl](#)'art. 5 LMI [shyn](#)'a plus lieu [shyd](#)'être que par analogie (Mess-Rév. LMI, p. 441 ; *infra* N 63 ; cf. LMI 2 VII N 41 ; ESSEIVA, Concessions, p. 206). Dans deux avis adoptés en 2010, la Comco a appliqué l'art. 2 VII LMI au renouvellement de concessions hydrauliques ou électriques portant sur l'utilisation du domaine public et la fourniture d'électricité, en opérant simultanément une distinction entre les notions de concession de services et de marché public (Comco, DPC 2011/2, p. 345, *Gutachten vom 22. Februar 2010 betreffend Erneuerung der Konzessionsverträge zwischen den Central-schweizerischen Kraftwerken AG und den Luzerner Gemeinden über die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie*, ch. 9-12; DPC 2011/2, p. 353, *Gutachten vom 28. Juni 2010 zuhanden Bezirksrat Schwyz betreffend Erneuerung der*

Wasserrechtskon- zessionen zugunsten des Elektrizitätswerkes des Bezirks Schwyz AG, ch. 6-11). Ces avis de la Comco ont poussé le Parlement fédéral à adopter une modification législative excluant du champ d'application de l'art. 2 VII LMI les concessions hydrauliques et électriques (RO 2012 3229).

- L'ancien Tribunal administratif **vaudois** a considéré que le service de ramassage des ordures ménagères sur le territoire [shyd](#)'une commune, assuré par une entreprise privée en contrepartie [shyd](#)'un prix payé par la commune, constitue un marché public *stricto sensu*. En revanche, la délégation de cette tâche publique par la commune à une autre commune, sur la base [shyd](#)'un contrat de droit administratif, [shyn](#)'entre pas dans le champ de la réglementation sur les marchés publics (RDAF 2000, p. 123 ss). Le Tribunal ad[shy](#)-ministratif **bernois** a refusé la qualification de marché public à la procédure de choix de [shyl](#)'exploitant [shyd](#)'une ligne de bus régionale en contrepartie [shyd](#)'une promesse [shy](#)-d'indemnisation par [shyl](#)'Etat. Il a considéré [shyqu](#)'il [shys](#)'agit [shyd](#)'une subvention et non [shyd](#)'un marché de services (JAB 1999, p. 507). Le Tribunal administratif **zurichois** ne considère pas comme un marché public un contrat de bail à ferme pour la publicité extérieure (BEZ 2000/20 n° 44, ZBl 2001, p. 96), ni la délégation à une entreprise privée des soins médicaux à domicile (BEZ 2000/20 n° 57, ZBl 2001, p. 97).
- [style-spacing=wide3](#)La **Commission fédérale de recours** en matière de marchés publics a admis [shyl](#)'assujettissement à [shyl](#)'AMP et à la LMP [shyd](#)'une délégation de la perception, gestion et utilisation [shyd](#)'une taxe [shyd](#)'élimination anticipée pour le recyclage des piles à une entreprise privée qui [shys](#)'en charge à ses risques et périls. La décision repose essentiellement sur le fait que [shyl](#)'art. I § 3 AMP [shys](#)'applique aux marchés passés par « tout moyen contractuel » ainsi que sur la nécessité [shyd](#)'assurer le respect des principes de non-discrimination, [shyd](#)'égalité de traitement, de transparence, de reconnaissance mutuelle et de proportionnalité (JAAC 2000/64 n° 30, c. 1a, 1b, 1e, 1 f ; trad. RDAF 2000, p. 181). Cette jurisprudence a aussi été appliquée au recyclage des bouteilles en verre, moyennant prélèvement [shyd](#)'une taxe anticipée [shyd](#)'élimination ces bouteilles (JAAC 2001/65 n° 80, c. 1a). Une approche plus différenciée a été suivie dans le cas où les CFF cherchaient un prestataire pour la construction et l'exploitation de points d'accès PWLAN (*public wireless local area network*) dans les gares et sur le réseau ferroviaire. Dans la mesure où les CFF acquièrent ensuite des services de communications électroniques *wireless* auprès de ce prestataire, il s'agit d'un marché public. Dans la mesure en revanche où les CFF ne font que mettre leurs installations et réseau ferroviaires à disposition du prestataire, afin de permettre à ce dernier de fournir des services de communications *wireless* aux clients des CFF, il ne s'agit pas d'un marché public. Dans ce second cas, les CFF

n'apparaissent pas comme demandeur ou consommateur de prestations de services, mais comme offreur qui vend le droit d'utiliser ses installations ferroviaires moyennant une rémunération (redevance fixe et participation au résultat) qui leur est versée par le prestataire (JAAC 2005/69 n° 32, c. 1b/bb).

- [style-spacing=1%](#)Le **Tribunal administratif fédéral shy**n'a jusqu'ici fait [shy](#)qu'une application analogique du droit des marchés publics en cas de concession de lignes de transport de personnes par autobus. Il faut toutefois souligner que ces concessions étaient soumises à du droit administratif fédéral spécial réglant largement la matière. Le TAF a distingué entre la décision [shyd](#)'adjudication [shyd](#)'une ligne de transport par autobus (contestée) et [shyl](#)'attribution de la concession (provisoire) [shyd](#)'exploitation par le DETEC (non contestée). Dans un recours entre les entreprises de transport, les cantons et les autorités fédérales, il est possible de prendre en compte des éléments essentiels du droit des marchés publics, et cela [shyd](#)'autant plus lorsqu'a eu lieu une procédure cantonale (facultative) [shyd](#)'appel [shyd](#)'offres (TAF, arrêt du 23.07.2008, A-7822/2007, c. 5-6). Le TAF a ultérieurement confirmée la distinction opérée entre [shyl](#)'octroi de la concession et la procédure de commande de transports publics. La procédure de commande visant la conclusion [shyd](#)'une convention sur [shyl](#)'offre de prestation de transport à indemniser, il [shys](#)'agit [shyd](#)'une convention portant sur une subvention, qui est réglée par les principes découlant de la législation sur les indemnités et non par le droit des marchés publics. Dans le cadre de cette procédure, « l'appel [shyd](#)'offres » constitue un appel de demandes de subvention et la « décision [shyd](#)'adjudication » est le choix par les commanditaires de [shyl](#)'entreprise de transports avec laquelle une convention sera conclue (TAF, arrêt du 27.05.2010, A-3163/2009, c. 3 ; dans le même sens, CF, JAAC 66/2002 n° 46, c. 2.4).

A notre avis, les concessions de services ne sont pas régies par l'AMP, ni explicitement, ni 62 implicitement. La doctrine internationale commentant [shyl](#)'AMP ne soutient pas un tel assujettissement. Bien que [shyl](#)'UE ait mis à niveau ses directives afin de respecter [shyl](#)'AMP aussi dans les relations internes entre Etats membres, les directives relatives aux marchés publics excluent expressément de leur champ [shyd](#)'application [shyl](#)'octroi de concessions de services (art. 17 Directive classique 2004/18 ; art. 18 Directive secteurs 2004/17 ; exclusion seulement implicite dans la version antérieure des directives, cf. CJCE, arrêt *Telaustria et Telefonadress*, du 07.12.2000, aff. C-324/98, Rec. 2000, p. I-10745, pts 46-58). [shyl](#)-L'assujettissement des concessions de travaux au droit dérivé UE était quant à lui déjà imposé avant la conclusion de [shyl](#)'AMP (art. 56-61 Directive classique 2004/18). Enfin, simultanément au programme de modernisation des directives de fond en matière de marchés publics du 20 décembre 2011, la Commission a soumis une proposition distincte de directive

sur les concessions qui établit un cadre juridique clair et garantit l'accès effectif aux concessions présentant un intérêt transfrontalier suffisant à toutes les entreprises de l'UE. Les spécificités propres aux concessions justifient que celles-ci soient réglées par un texte séparé des deux directives de fond en matière de marchés publics (Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession, du 20.12.2011, COM(2011) 897). En Suisse, [shyl](#)'inclusion des marchés de services dans la LMP est strictement limitée à la liste exhaustive de services couverts par les engagements suisses figurant en annexe 4 à [shyl](#)'appendice I à [shyl](#)'AMP. Rien dans les travaux préparatoires à la LMP [shyn](#)'indique une volonté [shyd](#)'aller au-delà des exigences internationales en ce qui concerne [shyl](#)'assujettissement des marchés de services aux règles sur les marchés publics. [shyl](#)L'entrée en vigueur de [shyl](#)'Accord MP [shyn](#)'a pas non plus entraîné de révision de la LMP sur ce point. [shyl](#)S'agissant de [shyl](#)'AIMP, la révision de 2001, qui en étend le champ [shyl](#)-d'application à toutes les catégories de services, ne fait aucune mention des concessions de services (Message-type AIMP, ad. art. 6). En conséquence, la LMP et [shyl](#)'AIMP ne régissent pas, à notre avis, les concessions de services. L'adoption de l'art. 2 VII LMI renforce cette interprétation (en ce sens aussi, ATF 135 II 49, c. 4.1 *i.f.* ; *supra* N 61).

- 63 [style-vj=1](#)En [shyl](#)'absence de réponse claire sur la délimitation précise entre marchés publics et concessions en droit suisse, le droit de [shyl](#)'UE peut servir [shyd](#)'aide pour [shyl](#)-l'interprétation. En effet, le droit suisse en matière de marchés publics est inspiré du droit de [shyl](#)'Union, que ce soit directement pour la LMI ou indirectement au travers de [shyl](#)'AMP et de [shyl](#)'Accord MP pour ce qui concerne [shyl](#)'AIMP et la LMP (*supra* N 15-19). En droit de [shyl](#)'Union, les concessions de travaux publics ou de services sont des contrats présentant les mêmes caractéristiques [shyl](#)qu'un marché public, à [shyl](#)'exception du fait que la **contrepartie** des travaux (ou de la prestation de [shyl](#)services) consiste soit uniquement dans le droit [shyl](#)-d'exploiter [shyl](#)'ouvrage/le service, soit dans ce droit assorti [shyd](#)'un prix (art. 1 § 3-4 Directive classique 2004/18 ; art. 1 § 3 pt a-b Directive secteurs 2004/17). La **distinction** entre concession et marché public au sens strict est fondée sur le **droit [shyd](#)'exploitation** de [shyl](#)-l'ouvrage ou du service, dont sont déduits un ensemble de critères de délimitation. Le premier critère est celui du **destinataire ou du bénéficiaire du service** fourni. Dans le cas des marchés, le bénéficiaire du service rendu est le pouvoir adjudicateur, alors que, dans le cas de la concession, le bénéficiaire du service est un tiers étranger à la concession, en général la collectivité. Deuxièmement, la concession de [shyl](#)services exige que le **service** en question constitue une **tâche publique** du fait que sa prestation incomberait institutionnellement à une autorité publique. Le fait que ce soit un tiers qui fournisse le service entraîne donc une substitution du concessionnaire au concédant dans les obligations qui sont imposées à ce

dernier pour assurer la fourniture du service à la collectivité. Un troisième élément révélateur de la distinction entre marché public et concession est la **rémunération**, *i.e.* la **contrepartie de la prestation** effectuée par [shyl](#)'entreprise. Le marché public comporte une contrepartie qui, sans pour autant être la seule, est payée directement par le pouvoir adjudicateur au prestataire. Dans le cas [shyd](#)'une concession, la contrepartie de la prestation consiste dans le droit [shy](#)-d'exploiter le service, soit seul, soit assorti [shyd](#)'un prix. Le concessionnaire tire sa rémunération soit **exclusivement du résultat de [shyl](#)'exploitation**, *i.e.* des redevances [shy](#)-qu'il perçoit auprès des utilisateurs, soit du **résultat de [shyl](#)'exploitation assorti [shyd](#)'un prix versé par la collectivité** délégante. Dans cette seconde hypothèse, le « prix » versé par la collectivité publique constitue souvent une forme de subvention destinée à abaisser le prix final du service pour les usagers. Quatrièmement, il faut que la **responsabilité** de [shyl](#)'exploitation du service public en cause soit **transférée** au concessionnaire (aspects techniques, financiers et de gestion, investissements et amortissements). Selon le cinquième élément, qui joue un rôle central dans la casuistique de la CJUE en matière de concession, il faut que le concessionnaire assume le **risque économique** lié à [shyl](#)'exploitation du service, alors [shy](#)qu'un adjudicataire cherche son bénéfice dans le contexte plus limité du prix [shy](#)qu'il perçoit du pouvoir adjudicateur pour une prestation de service donnée (Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire, JO 2000 C 121, p. 2 ; CJCE, arrêt *Commission c/Italie* du 26.04.1994, aff. C-272/91, Rec. 1994, p. I-1409, pts 7-11, 22-25 et 32 ; arrêt *Gemeente Arnhem c/BFI Holding BV* du 10.11.1998, aff. C-360/96, Rec. 1998, p. I-6821, pts 24 s. ; arrêt *Buchhändler-Vereinigung* du 30.05.2002, aff. C-358/00, Rec. 2002, p. I-4685, pts 27-28 ; arrêt *Parking Brixen* du 13.10.2005, aff. C-458/03, Rec. 2005 p. I-8585, pts 40-49 ; arrêt *ANAV* du 06.04.2006, aff. C-410/04, Rec. 2006, p. I-3303, pt 16 ; arrêt *Commission/Italie* du 18.07.2005, aff. C-382/05, Rec. 2007 p. I-6657, pt 34 ; arrêt *Coditel Brabant* du 13.11.2008, aff. C-324/07, Rec. 2008, p. I-8457 pts 24-25 ; arrêt *Commission/Italie* du 13.11.2008, aff. C-437/07, du 13.11.2008, pt 29 ; arrêt *Eurawasser*, du 10.09.2009, aff. C-206/08, Rec. 2009 p. I-8377, pts 50-66 ; arrêt *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler* du 10.03.2011, aff. C-274/09, du 10.03.2011, non encore publiée, pts 23-26). De même, la proposition de directive de la Commission de décembre 2011 définit la notion de concession de travaux ou de services par l'exigence que le concessionnaire assume l'essentiel du risque économique. Tel est le cas lorsque le concessionnaire n'est pas certain de recouvrer les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il encourt lors de l'exploitation des travaux ou services qui font l'objet de la concession (art. 2 §2 et §1 pts 2, 4 et 7 de la proposition de directive sur l'attribution de contrats de concession, COM(2011) 897 du 20.12.2011). La Cour a reconnu [shyl](#)'existence [shyd](#)'une concession de services, notamment, dans les cas où la rémunération du prestataire

provenait de paiements effectués par les usagers [shyd](#) d'un parking public, [shyd](#) d'un service de transport public ou [shyd](#) d'un réseau de télédistribution. Si, en revanche, le pouvoir adjudicateur continue à supporter [shyl](#) l'intégralité du risque en [shyn](#) exposant pas le prestataire aux aléas du marché, [shyl](#) l'attribution de [shyl](#) l'exploitation du service requiert [shyl](#) l'application des règles sur les marchés publics (CJCE, arrêt *Eurawasser* du 10.09.2009, aff. C-206/08, Rec. 2009 p. I-8337, pt 67). Lorsqu'elle applique l'art. 2 VII LMI, la Comco se réfère à la même notion de concession que celle retenue par le droit de l'Union et la jurisprudence de la Cour de justice (Comco, DPC 2011/2, p. 353, *Gutachten vom 28. Juni 2010 zuhanden Bezirksrat Schwyz betreffend Erneuerung der Wasserrechtskonzessionen zugunsten des Elektrizitätswerkes des Bezirks Schwyz AG*, ch. 6-11). La distinction entre concession et marché public en droit suisse est au surplus traitée en relation avec [shyl](#) l'art. 2 VII LMI (cf. LMI 2 VII N 41 ; ég. TRÜEB, BöB, art. 5 N 17-25)

c) Subvention, dotation en capital ou apport en nature

64 Un marché public est un contrat à titre onéreux, doté [shyd](#) d'un **caractère synallagmatique** : il faut [shy](#) qu'une rémunération soit versée, de quelque manière que ce soit, à [shyl](#) l'adjudicataire en échange [shyd](#) d'une prestation de celui-ci (ATF 135 II 49, c. 5.2.2 ; art. 1 § 2.a Directive classique 2004/18 ; art. 1 § 2.a Directive secteurs 2004/17). En [shyl](#) l'absence [shyd](#) d'un échange de prestations, une **allocation unilatérale**, telle [shy](#) qu'une **subvention**, une **dotation en capital** ou un **transfert budgétaire**, qui permet au bénéficiaire [shyd](#) d'accomplir certaines fonctions dans [shyl](#) l'intérêt public, ne peut être qualifié de marché public (exposé des motifs de la Commission européenne relatif à la proposition de directive du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, COM(90) 372 final du 6. 12. 1990, pt 25). En effet, une subvention est un « avantage monnayable » selon [shyl](#) l'art. 3 I de la *Loi fédérale du 5 octobre 1990 sur les aides financières et les indemnités* (LSu, RS 616.1), qui se distingue par le fait que le bénéficiaire de la subvention ne doit pas offrir de contre-prestation directe à [shyl](#) l'Etat, contrairement à ce qui est la norme pour le contrat de vente, [shyd](#) d'entreprise ou de travail. Cela ne signifie cependant pas que [shyl](#) l'entité subventionnée ne fournit aucune prestation : la subvention (et *a fortiori* [shyl](#) l'indemnité aussi visée par [shyl](#) l'art. 3 II LSu) est le plus souvent justifiée par un service [shyd](#) d'utilité publique rendu par son bénéficiaire à un tiers, généralement la collectivité des usagers (CRM, JAAC 2000/64, n° 61, c. 1.a ; POLTIER, Subventions, N 65-67, 72-76 ; SCHAERER, Subventionen, p. 39). Les réglementations en matière de subventions et celles en matière de marchés publics pour [shy](#) suivent des buts partiellement divergents, de sorte [shy](#) qu'il ne se justifie pas [shy](#)-

d'appliquer systématiquement la législation en matière de marchés publics à la sélection des entreprises requérant des subventions. Le propre des législations en matière de subventions est de prendre en compte aussi [shyd](#) d'autres intérêts publics, étrangers aux objectifs de transparence, de mise en concurrence, [shyd](#) d'égalité de traitement et [shyd](#) d'utilisation économe des fonds publics qui caractérisent la législation en matière de marchés publics (art. 1 LMP ; POLTIER, Pouvoirs adjudicateurs, p. 312). De même, une **donation faite par un particulier à un pouvoir adjudicateur** ne constitue pas un marché public. En revanche, toute **opération à caractère mixte**, qui assure au « donateur » [shyl](#) attribution de gré à gré [shyd](#) d'un marché public rémunéré, contient un élément de rémunération propre à un marché public. Tel devrait être le cas, à notre avis, de la donation [shyd](#) d'un terrain à un pouvoir adjudicateur, accompagnée [shyd](#) d'une clause [shyd](#) d'architecte ou [shyd](#) d'entrepreneur, qui empêche *de facto* ce pouvoir adjudicateur de lancer un appel [shyd](#) d'offres pour la construction [shyd](#) d'un immeuble sur ce terrain et le contraint à attribuer directement au donateur le marché public (onéreux) lié à la construction [shyd](#) d'un immeuble sur ce terrain. Lorsque [shyl](#) immeuble est construit aux frais du pouvoir adjudicateur, une telle donation mixte peut constituer le moyen [shyd](#) d'éluder les règles sur les marchés publics. [shyl](#) attribution – de gré à gré – du marché de travaux ou de services au bénéficiaire de la clause [shyd](#) d'entrepreneur ou [shyd](#) d'architecte [shyn](#) est possible que si [shyl](#) un des cas énumérés de manière exhaustive à [shyl](#) art. XV AMP est rempli. Selon la Cour de justice, une législation nationale prévoyant que les ouvrages [shyd](#) d'équipement [shyd](#) d'un terrain à lotir sont réalisés directement par le propriétaire de ce terrain, de sorte que le pouvoir adjudicateur ne peut pas choisir son cocontractant, ne peut, en soi, justifier la non-application des Directives marchés publics (CJCE, arrêt *Ordine degli Architetti* du 12.07.2001, aff. C-399/98, Rec. 2001, p. I-5409, pts 71-75). A notre sens, il convient [shyd](#) d'appréhender la réalité économique [shyd](#) d'une subvention ou une donation dans le cadre de [shyl](#) opération plus large dans laquelle elle est susceptible de [shys](#) insérer, car une approche formelle basée sur la seule qualification juridique étroite ouvre la voie à des opérations qui masquent sous [shyl](#) l'apparence [shyd](#) d'un apport financier ou en nature [shyl](#) octroi [shyd](#) d'un marché public ou [shyl](#) d'une concession. La pratique suisse est encore très fragmentaire à ce propos, tandis que [shyl](#) l'Union européenne est déjà plus avancée en particulier en ce qui concerne [shyl](#) octroi de concession et la constitution de partenariat public-privé, contractuel ou institutionnalisé (CJCE, arrêt *Ordine degli Architetti* du 12.07.2001, aff. C-399/98, Rec. 2001, p. I-5409 ; arrêt *Commission/Allemagne* du 29.10.2009, aff. C-536/07, Rec. 2009 p. I-10355 ; arrêt *Helmut Müller* du 25.03.2010, aff. C-451/08, Rec. 2010, p. I-2673).

[style-vj=1](#) Un **apport en nature ou en capital** effectué **par un pouvoir public** en vue de 65
constituer, avec un opérateur économique privé, une **entreprise commune à capital mixte**

aussi appelée **partenariat public-privé institutionnalisé (PPPI)** ne relève pas, en tant que tel, du droit des marchés publics ou des concessions. En revanche, il convient de [shys](#)'assurer du respect des règles et principes découlant de ce droit si une telle opération [shys](#)'accompagne, en réalité, de [shyl](#)'attribution au partenaire privé ou à la société [shyd](#)'économie mixte de contrats pouvant être qualifiés de marchés publics ou de concessions. En effet, la participation du pouvoir adjudicateur dans [shyl](#)'entité mixte attributaire [shyd](#)'un marché ne permet pas à elle seule de justifier une inapplication du droit des marchés publics ou des concessions, faute de remplir les conditions posées par la jurisprudence pour une exception *in house* (*infra* N 68-76). La participation, fût-elle minoritaire, [shyd](#)'une entreprise privée dans le capital [shyd](#)'une société à laquelle participe également un pouvoir adjudicateur exclut que ce dernier puisse exercer sur cette entreprise un contrôle analogue à celui [shy](#)qu'il exerce sur ses propres services (CJUE, arrêt *Mehiläinen Oy* du 22.12.2010, aff. C-215/09, non encore publiée, pts 32-34 ; Commission, Communication interprétative concernant [shyl](#)'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés [PPPI], JO 2008 C 91/4, pt 2.1 ; Commission, Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM(2004) 327, pt 59 ; ZUFFEREY, PPP, p. 247 ss). En présence [shyd](#)'un contrat mixte portant sur la constitution [shyd](#)'une SEM et [shyl](#)'attribution simultanée [shyd](#)'un marché public à la SEM ou au partenaire privé, il faut [shyd](#)'abord déterminer si le contrat mixte constitue un tout indivisible ou au contraire si le volet strictement marché public est détachable de ce contrat et est seul assujéti aux règles des directives et du TFUE (CJUE, arrêt *Mehiläinen Oy* du 22.12.2010, aff. C-215/09, non encore publiée, pts 36-47). Dans la première hypothèse [shyd](#)'un tout indivisible, [shyc](#)'est [shyl](#)'objet principal ou élément prépondérant du contrat mixte qui détermine ensuite [shyl](#)'application (ou non) du droit des marchés publics à [shyl](#)'ensemble du contrat (CJUE, arrêt *Club Hotel Loutraki* du 06.05.2010, aff. jtes C-145/08 et C-149/08, Rec. 2010 p. I-4165, pts 46-63). Il est possible [shyd](#)'éviter une double procédure de mise en concurrence en sélectionnant le partenaire privé dans une procédure ouverte et concurrentielle, dont [shyl](#)'objet est à la fois le marché public ou la concession qui doit être attribué à [shyl](#)'entité à capital mixte, et la contribution opérationnelle du partenaire privé à [shyl](#)'exécution de ces tâches et/ou à la gestion de [shyl](#)'entité à capital mixte, pour autant que les critères de sélection soient fondés non seulement sur la capacité financière du partenaire privé à devenir actionnaire mais aussi sur sa capacité technique et sur les caractéristiques de son offre au regard des prestations à fournir (CJCE, arrêt *Acoset* du 15.10.2009, aff. C-196/08, Rec. 2009, p. I-9913, pts 55-62 ; Commission, Communication interprétative concernant [shyl](#)'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé

institutionnalisés [PPPI], JO 2008 C 91/4, pt 2.2 *i.f.*). [shyL](#)'analyse est identique lorsqu'un PPPI est constitué par la privatisation partielle [shyd](#)'une société précédemment entièrement détenue par une collectivité publique. Le droit des marchés publics ou des concessions [shyn](#)'a pas en soi vocation à [shys](#)'appliquer à un simple **apport de fonds par une entreprise privée au sein [shyd](#)'une société [shyd](#)'économie mixte**. En revanche, lorsque la SEM ou le partenaire privé se voit confier, dans le cadre de [shyl](#)'opération de cession de capital, des tâches tombant dans le champ matériel du droit des marchés publics, les dispositions y relatives sont susceptibles de [shys](#)'appliquer soit strictement au volet marché public, soit à [shyl](#)'ensemble du contrat mixte si celui-ci forme un tout indivisible dont [shyl](#)'objet principal est le volet marché public (Commission, Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM[2004] 327, pts 66-69 ; CJUE, arrêt *Club Hotel Loutraki* du 06.05.2010, aff. jtes C-145/08 et C-149/08, Rec. 2010 p. I-4165, pts 46-63)

[style-vj=1](#) Une **subvention** est souvent accordée **dans le cadre [shyd](#)'une délégation de tâches** 66 **[pushy](#)bliques** ou de [shyl](#)'octroi [shyd](#)'une **concession**. Le Tribunal fédéral a considéré que constitue un contrat de droit administratif relatif à une subvention [shyl](#)'accord par lequel un canton confie à une école privée la tâche de donner des cours [shyd](#)'informatique aux chômeurs, moyennant le versement [shyd](#)'une contribution financière par le canton à [shyl](#)'école pour chaque participant aux cours. Est déterminante pour la jurisprudence [shyl](#)'entité qui remplit la tâche publique. En [shyl](#)'espèce, ce [shyn](#)'est pas le canton qui se procure des fournitures ou services pour remplir lui-même une tâche publique, mais une école privée qui agit dans [shyl](#)'intérêt public en organisant des cours pour les chômeurs, en contrepartie [shyd](#)'une subvention (ATF 128 III 250, c. 2). Une collectivité publique peut aussi supporter partiellement le coût [shyd](#)'exploitation [shyd](#)'une concession, afin [shyd](#)'abaïsser indirectement le prix demandé par le concessionnaire à [shyl](#)'utilisateur final pour la fourniture du service (pratique des « coûts sociaux »). Le concessionnaire tire dans un tel cas sa rémunération en partie de la « subvention » versée par la collectivité publique et en partie du prix payé par les usagers. [shyL](#)'octroi de la subvention devrait, à notre avis, suivre alors les mêmes règles que celui de la concession dont elle est un élément constitutif (*supra* N 61-63 ; ég. Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire, JO 2000 C 121/2, pt 2.1.2). La pratique suivie jusqu'ici au niveau fédéral dans le cadre des prestations de transport public de personnes par autobus, en contrepartie [shyd](#)'une promesse [shyd](#)'indemnisation par [shyl](#)'Etat, va toutefois dans un sens différent. Elle considère que, dès lors que la procédure vise la conclusion [shyd](#)'une convention sur [shyl](#)'offre de prestations de transport à indemniser, il [shys](#)'agit [shyd](#)'une convention portant sur une subvention, qui est

réglée par les principes découlant de la législation sur les indemnités (TAF, arrêt du 27.05.2010, A-3163/2009, c. 3 ; dans le même sens, CF, JAAC 66/2002 n° 46, c. 2.4 ; *supra* N 61).

67 Une subvention peut aussi être versée par une collectivité publique en vue de financer partiellement le coût shyd d'un projet ou shyd d'une prestation réalisé par une entité ne répondant pas elle-même à la définition de pouvoir adjudicateur. Au niveau cantonal et communal, shy-l'art. 8 II/b AIMP assujettit aux règles sur les marchés publics les **projets ou prestations subventionnés à plus de 50 % par des fonds publics**. Le Tribunal fédéral a ainsi admis que shyl octroi gratuit shyd d'un droit de superficie shyd d'une durée de 50 ans par le canton du Tessin à une fondation chargée de construire un foyer pour étudiants à shyl l'académie shy-d'architecture à Mendrizio constitue une forme de subvention indirecte ou en nature, qui entre dans le calcul du financement public majoritaire (TF, arrêt du 17.10.2005, 2P.117/2005, c. 4). En droit de shyl l'Union, une règle analogue assujettit certains marchés publics de travaux ou de services en relation avec des travaux, lorsqu'ils sont subventionnés à plus de 50 % par des pouvoirs adjudicateurs (art. 8 Directive classique 2004/18).

d) Marché *in house* ou délégation interne à shyl l'administration

68 Un marché public impliquant un contrat synallagmatique, cela signifie que le pouvoir adjudicateur et shyl l'adjudicataire constituent **deux personnes juridiquement distinctes et autonomes shyl une par rapport à shyl autre au plan décisionnel**. Lorsqu'un pouvoir adjudicateur fait exécuter des services par son propre personnel, ou en cas de délégation de tâches publiques interne à la même administration, il ne shys agit pas shyd d'un marché public. Cette shy règle vaut pour tous les marchés de travaux, de fournitures ou de services, ainsi que pour les concessions. Tel est notamment le cas lorsque le pouvoir adjudicateur emploie déjà les personnes nécessaires, par exemple des ingénieurs, des architectes, des informaticiens, ou lorsqu'un département se procure des fournitures ou des services auprès d'un autre département à shyl l'intérieur shyd d'une même administration. Selon la Cour de justice, une autorité publique peut décider **librement shyd accomplir les tâches publiques qui lui incombent par ses propres moyens**, administratifs, techniques ou autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes shyn appartenant pas à ses propres services. Cette possibilité pour les autorités publiques de recourir à leurs propres moyens pour accomplir leurs missions de service public peut être exercée en collaboration avec shyd d'autres autorités publiques (CJCE, arrêt *Stadt Halle et RPL Lochau* du 11.01.2005, aff. C-26/03, Rec. 2005 p. I-1, pt 48 ; arrêt *Asemfo* du 19.04.2007, aff. C-295/05, Rec. 2007, p. I-2999, pt 65 ; arrêt *Coditel Brabant* du 13.11.2008, aff. C-324/07, Rec. 2008, p. I-8457, pts 48-49 ; arrêt *Commission/Allemagne* du 09.06.2009,

aff. C-480/06, Rec. 2009, p. I-4747, pt 45 ; arrêt *Sea* du 10.09.2009, aff. C-573/07, Rec. 2009 p.I-8127, pts 57-58 ; COM(90) 372, pts 26 et 76-78 ; Commission, Document de travail concernant [shyl](#)'application du droit de [shyl](#)'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs [« coopération public-public »], SEC[2011] 1169), pt 3.1). De même, [shyl](#)'autorité peut choisir de confier une tâche publique à une entité à capital mixte créée dans le cadre [shyd](#)'un partenariat public-privé ; toutefois, [shyl](#)'attribution de marchés au partenaire privé ou à [shyl](#)'entité mixte nécessite la passation [shyd](#)'un marché public, faute de situation *in house* (CJUE, arrêt *Mehiläinen Oy* du 22.12.2010, aff. C-215/09, non encore publiée, pts 31-34 ; *infra* N 73). En droit suisse, la doctrine et la jurisprudence reconnaissent aussi [shyl](#)'existence [shyd](#)'un libre choix des autorités publiques pour ce qui concerne leurs activités administratives auxiliaires (*Hilfstätigkeit* ou *Hilfsleistung*), *i.e.* quant à la décision de commander à [shyl](#)'interne ou [shyd](#)'externaliser auprès de tiers (entreprises privées) la fourniture de produits ou services nécessaires à leur activité, mais elles sont en revanche nuancées quant aux critères devant guider ce choix. Alors que certains reconnaissent une liberté aux collectivités publiques sur la question de principe du « *make or buy* », pour autant que la neutralité concurrentielle garantie aux art. 27 et 94 Cst soit préservée (FETZ, Beschaffungsrecht, p. 506, N 65 ; BEYELER, In-house, p. 34-48 ; MOOR, Droit administratif III, p. 109), [shyd](#)'autres auteurs soutiennent une subsidiarité de [shyl](#)'auto-production étatique, lorsque la fourniture de biens ou services sur le marché satisfait aux besoins spécifiés par [shyl](#)'Etat et est plus avantageuse (critère de la rentabilité) (RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, p. 354).

La délimitation de la notion de marchés publics devient problématique lorsqu'un marché est 69 attribué à un adjudicataire qui, tout en apparaissant distinct, a néanmoins **un lien spécialement étroit avec le pouvoir adjudicateur**, par exemple parce [shyl](#)qu'il fait lui-même aussi partie du service public, parce [shyl](#)qu'il est contrôlé par le pouvoir adjudicateur ou parce [shyl](#)qu'il bénéficie de droits exclusifs pour prester des services au pouvoir adjudicateur. [shyl](#)D'une part, il faut vérifier si le lien entre le pouvoir adjudicateur et [shyl](#)'adjudicataire est tel [shyl](#)qu'il ne [shyls](#)'agit pas [shyd](#)'un marché public, faute de convention entre deux personnes distinctes, mais [shyd](#)'une prestation assimilée à une prestation *in house*. Cette première exclusion est [shyl](#)-d'application générale, quel que soit le type de fournitures, services ou travaux en cause (*infra* N 70-74). [shyl](#)D'autre part, [shyls](#)'agissant spécifiquement des marchés de services, la Suisse a exclu de [shyl](#)'assujettissement à [shyl](#)'AMP, à [shyl](#)'Accord MP et à la Convention AELE les [shyl](#)services prestés par certaines entités « liées » ou disposant [shyd](#)'un droit exclusif pour fournir le service en cause (Notes 1 et 2 relatives à [shyl](#)'annexe 4 à [shyl](#)'AMP ; *infra* N 75 s.). Le contenu de ces deux Notes, bien que non repris expressément dans la LMP, est applicable

par renvoi dès lors que seuls les services prévus dans les annexes aux accords internationaux [shy](#)entrent dans le champ de la loi. Pour les marchés cantonaux, ces Notes, non expressément transposées dans [shy](#)l'AIMP, permettent néanmoins de refuser [shy](#)l'accès aux marchés de [shy](#)-ser[shy](#)vices concernés pour les soumissionnaires établis à [shy](#)l'étranger (art. 9/b AIMP). Les deux exceptions formulées par la Suisse sont calquées sur les dispositions correspondantes des directives marchés publics, de sorte que le droit de [shy](#)l'Union constitue une aide à [shy](#)-l'interprétation de la portée de ces exceptions.

70 [style-top=5.2ptstyle-spacing=narrow2](#)Les règles spécifiques sur les marchés publics, de même que [shy](#)l'art. 5 LMI, [shy](#)s'appliquent lorsqu'un pouvoir adjudicateur envisage de conclure par écrit un contrat à titre onéreux avec une entité distincte de lui au plan formel et autonome par rapport à lui au plan décisionnel. A [shy](#)l'inverse, il [shy](#)n'y a pas marché public, mais **prestation in house**, lorsque [shy](#)l'entité adjudicataire, bien que formellement indépendante, est néanmoins contrôlée par le pouvoir adjudicateur au point de ne pas disposer [shy](#)d'une autonomie décisionnelle par rapport à celui-ci. Tel est le cas, selon la jurisprudence désormais constante inaugurée par la CJUE dans [shy](#)l'affaire *Teckal*, aux trois conditions cumulatives que (i) le pouvoir adjudicateur exerce sur [shy](#)l'entité en cause un contrôle analogue à celui [shy](#)qu'il exerce sur ses propres ser[shy](#)vices, que (ii) l'entité contrôlée ne fait l'objet d'aucune participation privée (*infra* N 71-73) et que (iii) [shy](#)l'entité réalise [shy](#)l'essentiel de son activité avec le ou les pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent (*infra* N 74). Ce test est applicable à tous les marchés publics de fournitures, services ou travaux, ainsi [shy](#)qu'aux concessions de services ou de travaux (CJCE, arrêt *Teshyckal* du 18.11.1999, aff. C-107/98, Rec. 1999, p. I-8121, pts 49-51 ; arrêt *ARGE Gewässerschutz* du 07.12.2000, aff. C-94/99, Rec. 2000, p. I-11037, pt 40 ; arrêt *Stadt Halle* du 11.01.2005, aff. C-26/03, Rec. 2005 p. I-1, pts 49-51 ; arrêt *Coditel Brabant* du 13.11.2008, aff. C-324/07, Rec. 2008, p. I-8457, pt 26 ; voir aussi la codification de jurisprudence figurant à l'art. 11 § 1-3 de la proposition de nouvelle Directive classique COM(2011) 896). [shy](#)S'agissant [shy](#)d'une exception aux règles générales du droit de [shy](#)l'Union, les deux conditions précitées font [shy](#)l'objet [shy](#)d'une **interprétation stricte**. De surcroît, la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant une exception *in house* sont remplies incombe à celui qui entend s'en prévaloir, i.e. au pouvoir adjudicateur (CJCE, arrêt *Parking Brixen* du 13.10.2005, aff. C-458/03, Rec. 2005 p. I-8585, pt 63 ; arrêt *Stadt Halle* du 11.01.2005, aff. C-26/03, Rec. 2005 p. I-1, pt 46 ; arrêt *ANAV* du 06.04.2006, aff. C-410/04, Rec. 2006 p. I-3303, pt 26). Lorsque [shy](#)l'entité adjudicataire est détenue par plusieurs autorités publiques, tant la condition du contrôle analogue que celle relative à [shy](#)-l'essentiel de [shy](#)l'activité de cette entité peut être satisfaite en prenant en compte le contrôle exercé conjointement sur [shy](#)l'entité par les autorités publiques qui la détiennent (CJCE, arrêt

Coditel Brabant du 13.11.2008, aff. C-324/07, Rec. 2008, p. I-8457, pts 43-54 ; *infra* N 73), respectivement [shyl](#) l'activité que cette entité réalise avec [shyl](#) l'ensemble de ces autorités (CJCE, arrêt *Carbotermo et Consorzio Alisei* du 11.05.2006, aff. C-340/04, Rec. 2006, p. I-4137, pts 70-71 ; *infra* N 74). [shyl](#) L'exception *in house* trouve application aussi bien pour les marchés publics qui tombent dans le champ [shyd](#) d'application des directives marchés publics, que pour les marchés hors champ [shyd](#) d'application de ces directives et qui ne sont soumis [shy](#) qu'aux règles fondamentales du TFUE et des principes qui en découlent (CJCE, arrêt *Sea* du 10.09.2009, aff. C-573/07, Rec. 2009 p. I-8127, pts 36-40). A notre sens, dès lors que [shy](#) l'exception *in house* découle de la notion même de marchés publics, elle devrait aussi trouver application en droit suisse, même si elle [shyn](#) n'est pas expressément prévue par le droit positif (dans ce sens ég. TA VD, arrêt du 06.11.2009, GE. 2007.0013, c. 3a ; BEYELER, *In-house*, p. 51 ; FETZ, *Beschaffungsrecht*, p. 506-507, N 65).

[style-vj=1](#) Pour apprécier la première condition du **contrôle analogue** à celui exercé sur ses propres services, il faut tenir compte de [shyl](#) l'ensemble des **dispositions législatives** et des **circonstances pertinentes**. Il doit ressortir de cet examen que le contrôle prévu permet au pouvoir adjudicateur [shyd](#) d'exercer une influence déterminante tant sur les **objectifs stratégiques** que sur les **décisions importantes** de [shyl](#) l'entité. Parmi les circonstances pertinentes, il y a lieu de considérer, [shyd](#) d'une part, si [shyl](#) l'entité en cause a une **vocation de marché** et, [shyd](#) d'autre part, quels sont les **mécanismes de contrôle** prévus sur cette société (Commission, Document de travail concernant [shyl](#) l'application du droit de [shyl](#) l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs [« coopération public-public »], SEC[2011] 1169), pt 3.2.2). Pour savoir si [shyl](#) l'entité a une vocation de marché rendant précaire le contrôle des collectivités qui en sont les actionnaires, il convient [shyd](#) d'examiner la portée géographique et matérielle des activités de cette société ainsi que la possibilité pour celle-ci de nouer des relations avec des entreprises du secteur privé. Une activité accessoire et marginale avec des entreprises privées [shyn](#) n'empêche pas que [shy](#) l'activité essentielle de [shyl](#) l'entité soit exercée avec les collectivités qui la contrôlent (CJCE, arrêt *Sea* du 10.09.2009, aff. C-573/07, Rec. 2009 p. I-8127, pts 66 et 73-80). [shy](#) S'agissant des mécanismes de contrôle sur [shyl](#) l'entité, il faut considérer en premier lieu la détention du capital de [shyl](#) l'entité adjudicataire, en deuxième lieu la composition des organes de décision de celle-ci et, en troisième lieu, [shyl](#) l'étendue des pouvoirs reconnus à son conseil [shyd](#) d'administration (CJCE, arrêt *Parking Brixen* du 13.10.2005, aff. C-458/03, Rec. 2005 p. I-8585, pt 65 ; arrêt *Carbotermo et Consorzio Alisei* du 11.05.2006, aff. C-340/04, Rec. 2006 p. I-4137, pt 36 ; arrêt *Coditel Brabant* du 13.11.2008, aff. C-324/07, Rec. 2008, p. I-8457, pts 28-29). Sur la première de ces circonstances, le fait que le pouvoir adjudicateur détient, seul ou

ensemble avec [shyd](#) d'autres autorités publiques, la totalité du capital [shyd](#) d'une société adjudicataire tend à indiquer, sans que cela ne soit décisif, que ce pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui [shy](#) qu'il exerce sur ses propres services (CJCE, arrêt *Carbotermo et Consorzio Alisei* du 11.05.2006, aff. C-340/04, Rec. 2006, p. I-4137, pt 37 ; arrêt *Asemfo* 19.04.2007, aff. C-295/05, Rec. 2007, p. I-2999, pt 57 ; arrêt *Coditel Brabant* du 13.11.2008, aff. C-324/07, Rec. 2008, p. I-8457, pt 31). Deuxièmement, la circonstance que les organes de décision de [shyl](#) l'entité adjudicataire (conseil [shyd](#) d'administration, assemblée générale) sont composés de délégués des autorités publiques qui lui sont affiliées indique que ces dernières maîtrisent les organes de décision de [shyl](#) l'entité et sont ainsi en mesure [shyd](#) d'exercer une influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de celle-ci (CJCE, arrêt [shy](#) *Coditel Brabant* du 13.11.2008, aff. C-324/07, Rec. 2008, p. I-8457, pts 33-34). Troisièmement, il convient de vérifier si [shyl](#) l'étendue des pouvoirs exercés par le conseil [shyd](#) d'administration est telle que [shyl](#) l'entité adjudicataire a acquis de ce fait une vocation de marché et une marge [shyd](#) d'autonomie qui rendraient précaire le contrôle exercé par les autorités publiques qui lui sont affiliées (CJCE, arrêt *Coditel Brabant* du 13.11.2008, aff. C-324/07, Rec. 2008, p. I-8457, pts 35-36). Le contrôle exercé par [shyl](#) l'autorité publique sur [shyl](#) l'entité adjudicataire doit être analogue à celui que cette autorité exerce sur ses propres services, mais il [shyn](#) n'a pas à être identique en tous points à celui-ci ; il importe que le contrôle exercé soit effectif.

72 [style-vj=1](#) Ainsi, la condition du contrôle analogue [shyn](#) n'était pas remplie dans le cas de [shyl](#) l'attribution directe par la commune de Brixen de la gestion des parkings publics payants à Stadtwerke Brixen AG, une société par actions issue de la transformation [shyd](#) d'une entreprise spéciale communale, et dont le capital social était entièrement détenu par la commune au moment de [shyl](#) l'attribution directe de la concession. Plusieurs éléments démontraient que Stadtwerke Brixen AG avait acquis une vocation de marché rendant précaire le contrôle de la commune : la transformation en société anonyme ; [shyl](#) l'élargissement de [shyl](#) l'objet social dans de nouveaux domaines importants (transport de personnes et de marchandises, informatique et télécommunications) en plus de la vaste gamme [shyd](#) d'activités antérieurement exercées par [shyl](#) l'entreprise spéciale (adduction [shyd](#) d'eau, épuration des eaux usées, fourniture de chauffage et [shyd](#) d'énergie, élimination des déchets, construction de routes) ; [shyl](#) l'ouverture obligatoire de la société, à court terme, à [shyd](#) d'autres capitaux ; [shyl](#) l'expansion du domaine territorial des activités de la société, initialement limitée au territoire de la commune, à toute [shyl](#) l'Italie et à [shyl](#) l'étranger ; les larges pouvoirs de gestion ordinaire attribués par les statuts au conseil [shyd](#) d'administration, qui pouvait notamment accomplir de manière autonome, sans [shyl](#) l'accord de [shyl](#) l'assemblée des actionnaires, certaines transactions jusqu'à concurrence de 5 millions [shy-](#)

d'euros. De plus, même si la majorité des membres du conseil [shyd](#)'administration de Stadtwerke Brixen AG était désignée par la commune, le contrôle exercé par la commune se limitait pour [shyl](#)'essentiel à celui découlant du droit des sociétés, ce qui atténuait considérablement le rapport de dépendance existant entre la commune et Stadwerke Brixen AG (CJCE, arrêt *Parking Brixen* du 13.10.2005, aff. C-458/03, Rec. 2005, p. I-8585, pts 66-70 ; dans le même sens : CJCE, arrêt *Carbotermo et Consorzio Alisei* du 11.05.2006, aff. C-340/04, Rec. 2006, p. I-4137, pts 34-40). A [shyl](#)'inverse, la décision de la commune [shyd](#)'Uccle de [shys](#)'affilier à la société coopérative intercommunale Brutélé en lui concédant de ce fait la gestion de son réseau de télédistribution remplissait la condition du contrôle analogue, sur la base des circonstances suivantes : la forme de Brutélé, constituée non pas comme société par actions ou société anonyme, mais comme société coopérative intercommunale, ce qui exclut selon la loi belge un caractère commercial ; [shyl](#)'objectif statutaire centré sur la réalisation de la mission [shyd](#)'intérêt communal en vue de [shyl](#)'accomplissement de laquelle Brutélé a été créée et [shyl](#)'absence de tout autre intérêt distinct de celui des autorités publiques affiliées (arrêt *Coditel Brabant* du 13.11.2008, aff. C-324/07, Rec. 2008, p. I-8457, pts 37-40).

[style-coltop=-0.18pt](#)Lorsque [shyl](#)'entité adjudicataire est détenue par plusieurs autorités 73 publiques, on ne saurait exiger que le contrôle analogue soit exercé individuellement par la seule autorité qui passe le marché en cause ; la condition du contrôle analogue peut être satisfaite en prenant en compte le **contrôle exercé conjointement sur [shyl](#)'entité par les autorités publiques qui la détiennent**. En effet, exiger un contrôle individuel aurait pour effet [shyd](#)'imposer une mise en concurrence dans la plupart des cas où plusieurs autorités publiques choisissent [shyd](#)'effectuer leurs missions de service public en ayant recours à une entité commune. [shyS](#)'agissant [shyd](#)'un organe collégial, la procédure utilisée pour la prise de décision, notamment le recours à la majorité, est sans incidence (CJCE, arrêt *Coditel Brabant* du 13.11.2008, aff. C-324/07, Rec. 2008, p. I-8457, pts 46-51). En revanche, la participation, fût-elle minoritaire, [shyd](#)'une **entreprise privée** dans le capital [shyd](#)'une entité (**société [shy-d'économie mixte](#)**) à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur concerné exclut que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette entité un contrôle analogue à celui [shyl](#)'qu'il exerce sur ses propres services. D'une part, le rapport entre une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, et ses propres services est régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite [shyd](#)'objectifs [shyd](#)'intérêt public. En revanche, tout placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente. D'autre part, [shyl](#)'attribution [shyd](#)'un marché public à une entreprise [shyd](#)'économie mixte sans appel à la concurrence porterait atteinte à [shyl](#)'objectif de concurrence libre et non faussée et au principe [shyd](#)'égalité de traitement des intéressés visés

par les directives marchés publics, dans la mesure où cette attribution offrirait à une entreprise privée présente dans le capital de cette entreprise un avantage par rapport à ses concurrents (CJCE, arrêt *Stadt Halle et RPL Lochau* du 11.01.2005, aff. C-26/03, Rec. 2005, p. I-1, pts 49-51 ; arrêt *Coname* du 21.07.2005, aff. C-231/03, Rec. 2005, p. I-7287, pts 25 s. ; arrêt *ANAV* du 06.04.2006, aff. C-410/04, Rec. 2006, p. I-3303, pt 24 ; arrêt *Acoset* du 15.10.2009, aff. C-196/08, Rec. 2009, p. I-9913, pts 51-54 ; CJUE, arrêt *Mehiläinen Oy* du 22.12.2010, aff. C-215/09, non encore publiée, pt 34). En règle générale, [shyl](#)'existence effective [shyd](#)'une participation privée dans le capital de [shyl](#)'entité adjudicataire doit être vérifiée au moment de [shyl](#)'attribution du marché public en cause. Exceptionnellement, des circonstances particulières peuvent requérir la prise en considération [shyd](#)'événements devant survenir après la date de [shyl](#)'attribution du marché en cause, mais durant [shyl](#)'exécution de celui-ci. Tel est le cas notamment lorsque des parts de [shyl](#)'entité adjudicataire, précédemment entièrement détenue par le pouvoir adjudicateur, sont cédées à une entreprise privée peu après que le marché en cause a été attribué à cette entité dans le cadre [shyd](#)'une construction artificielle destinée à contourner le droit des marchés publics. Tel est aussi le cas [shys](#)'il existe, au moment où le marché concerné est attribué, une perspective concrète et à court terme [shyd](#)'une ouverture du capital de [shyl](#)'entité adjudicataire – initialement entièrement détenue par le pouvoir adjudicateur, seul ou avec [shyd](#)'autres autorités publiques – à des investisseurs privés durant [shyl](#)'exécution du marché, par exemple lorsque la législation nationale prévoit [shyl](#)'ouverture obligatoire de la société, à court terme, à [shyd](#)'autres capitaux (CJCE, arrêt *Commission/Autriche* du 10.11.2005, aff. C-29/04, Rec. 2005 p. I-9705, pts 38-41 ; arrêt *Sea* du 10.09.2009, aff. C-573/07, Rec. 2009 p. I-8127, pts 46-50). En revanche, le principe de sécurité juridique [shys](#)'oppose à ce que soit pris compte la simple possibilité que des parts [shyd](#)'une société soient vendues à tout moment à des actionnaires privés, en [shyl](#)'absence de tout indice concret. Dans cette dernière hypothèse, si un marché était attribué sans mise en concurrence à une entité à capital public, le fait que, ultérieurement, mais toujours pendant la durée de validité de ce marché, des actionnaires privés soient admis à participer au capital de ladite société constituerait un changement [shyd](#)'une condition fondamentale du marché qui nécessiterait une mise en concurrence (CJCE, arrêt *Sea* du 10.09.2009, aff. C-573/07, Rec. 2009 p. I-8127, pts 51 et 53). [shyl](#)L'exclusion de toute possibilité de contrôle analogue lorsque [shyl](#)'entité adjudicataire est une société [shyd](#)'économie mixte connaît toutefois une exception lorsqu'une **mise en concurrence a eu lieu pour la sélection de [shyl](#)'actionnaire privé**. En effet, le recours à une double procédure de mise en concurrence pour la sélection du partenaire privé de la société à capital mixte, [shyd](#)'abord, et pour [shyl](#)'attribution du marché ou de la concession à ladite société, ensuite, serait difficilement compatible avec [shyl](#)'économie

procédurale et serait propre à décourager la constitution de partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI), en raison de la durée inhérente à ces procédures et de [shyl](#)'incertitude juridique en ce qui concerne [shyl](#)'attribution du marché ou de la concession. [shyC](#)'est pourquoi, dans la mesure où, premièrement, la sélection de [shyl](#)'associé privé a respecté les exigences découlant des libertés fondamentales du TFUE (non-discrimination selon la nationalité, égalité de traitement entre les soumissionnaires, transparence, publicité adéquate permettant [shy](#)-l'ouverture à la concurrence et contrôle de [shyl](#)'impartialité des procédures [shyd](#)'adjudication) et où, deuxièmement, les critères de sélection de [shyl](#)'associé privé sont fondés non seulement sur les capitaux apportés, mais également sur la capacité technique de cet associé à fournir le service et sur les caractéristiques de son offre au regard des prestations spécifiques à fournir, et où, troisièmement, cet associé se voit confier la gestion opérationnelle du service à fournir par le PPPI, une seconde procédure de mise en concurrence pour [shyl](#)'attribution du marché ou de la concession ne se justifierait pas. Encore faut-il que la société à capital mixte conserve le même objet social pendant toute la durée du marché ou de la concession et que le contrat passé avec celle-ci ne subisse pas de modification substantielle (CJCE, arrêt *Acoset* du 15.10.2009, aff. C-196/08, Rec. 2009, p. I-9913, pts 55-62 ; arrêt *Commission c/ CAS Succhi di Frutta SpA* du 29.04.2004, aff. C-496/99 P, Rec. 2004, p. I-3801, pts 116-118 ; Commission, Communication interprétative concernant [shyl](#)'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés [PPPI], JO 2008 C 91/4, pt 3).

[shyl](#) Selon la seconde condition de [shyl](#)'exception *in house*, [shy](#)- 74 l'entité adjudicataire doit réaliser **l'essentiel de son activité avec la ou les autorités publiques qui la détiennent**. En effet, si [shyl](#)'entité adjudicataire peut encore exercer une partie importante de son activité économique auprès [shyd](#)'autres opérateurs que les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent, elle [shyn](#)'est pas nécessairement privée de liberté [shyd](#)'action. Elle est de plus susceptible [shyd](#)'entrer en concurrence sur le marché avec [shyd](#)'autres entreprises privées, ce qui justifie [shyl](#)'application des procédures de passation de marchés publics afin [shyd](#)'éviter toute distorsion de concurrence. Il faut que [shyl](#)'activité de [shyl](#)'entité soit consacrée **principalement** à la collectivité qui la détient, toute autre activité ne revêtant [shy](#)qu'un caractère **marginal**. Il faut prendre en compte à ce titre toutes les circonstances du cas [shyd](#)'espèce, tant **qualitatives** que **quantitatives**. Le **chiffre [shyd](#)'affaires** déterminant est celui que [shyl](#)'entité réalise en vertu des attributions de marchés faites par le pouvoir adjudicateur, peu importe que la rémunération soit versée à [shyl](#)'entité par le pouvoir adjudicateur lui-même ou par les utilisateurs des prestations fournies en exécution des décisions [shyd](#)'attribution de ce pouvoir adjudicateur (CJCE, arrêt *Carbotermo et Consorzio*

Alisei du 11.05.2004, aff. C-340/04, Rec. 2006, p. I-4137, pts 58-67 ; Commission, Document de travail concernant [shyl](#)'application du droit de [shyl](#)'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs [« coopération public-public »], SEC[2011] 1169), pt 3.2.3). Si [shyl](#)'entité est **détenue par plusieurs collectivités publiques**, [shyl](#)'activité à prendre en compte est celle que cette entreprise réalise avec [shyl](#)'ensemble de ces collectivités, et non pas seulement celle réalisée avec la collectivité agissant en [shyl](#)'espèce comme pouvoir adjudicateur (CJCE, arrêt *Carbotermo et Consorzio Alisei* du 11.05.2004, aff. C-340/04, Rec. 2006, p. I-4137, pts 69-71 ; arrêt *Asemfo* du 19.04.2007, aff. C-295/05, Rec. 2007, p. I-2999, pts 62 s.). On ne peut dégager de la casuistique [shyl](#)qu'une **fourchette**, [shyls](#)'agissant du **pourcentage** que doit représenter [shyl](#)'activité principalement *in house* dans le chiffre [shyl](#)d'affaires total de [shyl](#)'entité. La Cour de justice a refusé de reprendre par analogie les conditions de [shyl](#)'exception relative aux transactions intra-groupes (art. 23 Directive secteurs 2004/17 ; *infra* N 76) qui aurait eu pour conséquence [shyl](#)d'exiger de [shyl](#)'entité *in house* [shyl](#)qu'elle réalise 80 % de son chiffre [shyl](#)d'affaires avec la ou les collectivités publiques qui la détiennent. Ce refus est motivé par les particularités des modes de fonctionnement au sein [shyl](#)d'entreprises liées et de coentreprises, par [shyl](#)'absence [shyl](#)d'un mécanisme de notification à la Commission pour les marchés passés dans les domaines classiques, et par le silence concluant résultant du refus du législateur [shyl](#)d'incorporer dans la Directive classique 2004/18 une exception analogue à celle de la directive secteurs 2004/17 (CJCE, arrêt *Carbotermo et Consorzio Alisei* du 11.05.2004, aff. C-340/04, Rec. 2006, p. I-4137, pts 50-57). La seconde condition pour une relation *in house* a été considérée comme remplie dans le cas où une entité exerce **90 % de son activité** avec les collectivités publiques qui la détiennent entièrement (CJCE, arrêt *Asemfo*, aff. C-295/05, Rec. 2007, p. I-2999, pts 63). Il en est allé autrement dans le cas de [shyl](#)'attribution sans appel [shyl](#)d'offres par le Ministère espagnol de [shyl](#)'éducation de la fourniture de services postaux réservés et non réservés à Correos, une société anonyme publique dont le capital est entièrement détenu par les pouvoirs publics. Sans même quantifier le chiffre [shyl](#)d'affaires réalisé, il est constant que Correos, en tant que prestataire du service postal universel en Espagne, ne réalise pas [shyl](#)'essentiel de son activité avec le Ministère ni avec [shyl](#)'administration publique en général, mais que cette société rend des services postaux à un nombre indéterminé de clients dudit service postal. De plus, la Cour a pris en compte [shyl](#)'objectif de la condition portant sur [shyl](#)'essentiel de [shyl](#)'activité, qui consiste à garantir [shyl](#)'application des règles sur les marchés publics lorsque [shyl](#)'entité est active sur le marché et donc susceptible [shyl](#)d'entrer en concurrence avec [shyl](#)d'autres entreprises. Or, sur le marché espagnol des services postaux non réservés ou libres, Correos était en concurrence avec environ 2000 autres entreprises postales (CJCE, arrêt *Asociación*

Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia du 18.12.2007, aff. C-220/06, Rec. 2007, p. I-12175, pts 58-63). Une dernière indication peut être tirée de [shyl](#)’arrêt examinant la question subséquente de savoir si, après [shyl](#)’attribution avec mise en concurrence [shyd](#)’une concession de services relatifs à [shyl](#)’exploitation, la maintenance, [shyl](#)’entretien et le nettoyage de toilettes publiques urbaines par la ville de Francfort à FES, cette dernière société était à son tour tenue de respecter les règles sur les marchés publics pour le choix [shyd](#)’un sous-traitant. La Cour de justice a écarté la qualification de pouvoir adjudicateur de FES pour deux raisons. [shyd](#)’une part, FES [shyn](#)’était pas sous le contrôle effectif [shyd](#)’une autorité publique, puisqu’elle était détenue à 51 % par la ville de Francfort et à 49 % par une entreprise privée, et [shyqu](#)’une majorité des trois quarts des voix de [shyl](#)’assemblée générale était nécessaire pour [shyl](#)’adoption de décision, de sorte que [shyl](#)’octroi de la concession à FES avait fait [shyl](#)’objet [shyd](#)’une mise en compétition. [shyd](#)’autre part, FES exerçait ses activités en situation de concurrence sur le marché, puisque (seuls) **64 % de son chiffre [shyd](#)’affaires** provenait de contrats conclus avec la ville de Francfort, tandis que les autres 36 % de ses revenus étaient tirés de ses activités avec [shyd](#)’autres autorités publiques et avec des entreprises privées (CJCE, arrêt *Wall* du 13.04.2010, aff. C-91/08, Rec. 2010 p. I-2815, pts 10 et 47-57). Dans le cadre de la révision des directives marchés publics lancée en décembre 2011, la Commission propose d’exiger que **90%** de l’activité de l’entité contrôlée le soit avec le ou les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôle (art. 11 § 1/b, § 3/b et § 4/c de la proposition de Directive classique COM[2011] 896). La Cour de justice a considéré comme étant sans pertinence, dans un arrêt de 2005, le territoire sur lequel le chiffre [shyd](#)’affaires est obtenu, que [shyl](#)’entité fournisse ses prestations sur le **territoire** du pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou ailleurs (CJCE, arrêt *Carbotermo et Consorzio Alisei* du 11.05.2004, aff. C-340/04, Rec. 2006 p. I-4137, pt 67). Dans un arrêt ultérieur de 2009, elle a en revanche analysé la **portée géographique** et matérielle des activités de [shyl](#)’entité afin de savoir si celle-ci a une vocation de marché rendant précaire le contrôle des collectivités publiques, en se référant tant à la première [shyqu](#)’à la seconde des conditions posées pour une activité *in house*. Elle a reconnu dans le cas [shyd](#)’espèce une situation *in house*, en se référant au fait que [shyl](#)’activité de [shyl](#)’entité était limitée au territoire des collectivités publiques actionnaires et était exercée essentiellement au bénéfice de celles-ci (CJCE, arrêt *Sea* du 10.09.2009, aff. C-573/07, Rec. 2009 p. I-8127, pts 73-80 et 90).

[style-vj=1](#)La **Note 1** à [shyl](#)’annexe 4 à [shyl](#)’AMP exempte des règles spécifiques sur les 75 marchés publics les marchés de **services** entre pouvoirs adjudicateurs, lorsque le prestataire de service est un **pouvoir adjudicateur** assujéti à [shyl](#)’AMP et [shyqu](#)’il bénéficie pour fournir ce service [shyd](#)’un **droit exclusif** « formel et transparent », *i. e.* fondé sur une disposition légale, réglementaire ou administrative publiée (pour un cas de collaboration intercommunale

en vue du ramassage des ordures ménagères, voir TA VD, RDAF 2000, p. 123). La même exemption figure parmi les engagements pris par la Suisse au titre de [shyl](#)'Accord MP (Note 1 à [shyl](#)'Annexe VI à [shyl](#)'Accord MP) et à celui de la Convention AELE (Note 1 de [shyl](#)'l'Appendice 10 à [shyl](#)'Annexe R). [shyl](#)L'exclusion est calquée sur celle prévue par les directives UE (art. 18 Directive classique 2004/18 ; art. 25 Directive secteurs 2004/17). Elle est justifiée par le fait [shyl](#)qu'il [shyn](#)'y a pas de mise en concurrence possible en présence [shyl](#)d'un droit exclusif. Un ministère espagnol peut ainsi confier, en dehors des règles de passation des marchés publics, la fourniture de services postaux réservés à Correos, [shyl](#)'unique prestataire du service postal universel (CJCE, arrêt *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia* du 18.12.2007, aff. C-220/06, Rec. 2007, p. I-12175, pts 39-41). Lorsque le droit exclusif a été conféré par le biais de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, et à un pouvoir adjudicateur lui-même assujéti à [shyl](#)'AMP/Accord MP/Convention AELE, aussi bien la création de ce droit que les marchés de services attribués ensuite au prestataire exclusif sur la base de ce droit sont exemptés des règles sur la passation des marchés publics. Une exception doit être interprétée restrictivement. Il en résulte, premièrement, que [shyl](#)'exclusion ne vaut que pour les marchés de services, puisqu'elle [shyn](#)'est mentionnée dans les accords internationaux que dans [shyl](#)'annexe ou [shyl](#)'appendice relatif aux services (annexe 4 à [shyl](#)'AMP, annexe VI à [shyl](#)'Accord MP, appendice 10 à [shyl](#)'l'annexe R à la Convention AELE). Un marché de fournitures ou de travaux adjudgé à un pouvoir adjudicateur, sur la base [shyl](#)d'un droit exclusif, [shyn](#)'est pas exclu de ce seul fait du champ [shyl](#)d'application des règles sur les marchés publics. Une exemption [shyn](#)'est possible dans ce dernier cas que si les conditions [shyl](#)d'un marché *in house* sont remplies, *i.e.* que si le pouvoir adjudicateur et [shyl](#)'adjudicataire ne constituent pas deux entités distinctes (sur [shyl](#)'l'inapplication de [shyl](#)'exception dans le cas [shyl](#)d'un marché de travaux attribué à un pouvoir adjudicateur, voir CJCE, arrêt *Auroux* du 18.01.2007, aff. C-220/05, Rec. 2007, p. I-385, pts 58-63 et 65-67 ; sur les marchés *in house*, *supra* N 68-74 ; en ce sens, CJCE, arrêt *Teshyckal Srl c/Comune di Viano* du 18.11.1999, aff. C-107/98, Rec. 1999, p. I-8121, pts 37-51). Deuxièmement, le droit exclusif doit avoir été accordé *ex ante*, *i.e.* sur une base générale prévue dans des dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, qui confèrent à [shyl](#)'attributaire un droit exclusif portant sur [shyl](#)'objet du marché attribué (CJCE, arrêt *Termoraggi* du 10.04.2008, aff. C-323/07, non publié, pts 24-26). *A contrario*, lorsque la création du droit exclusif [shyn](#)'a pas eu lieu par voie formelle et transparente, mais par la « voie contractuelle » uniquement à [shyl](#)'occasion du marché public de services en cause (par exemple : contrat de droit administratif portant sur la fourniture [shyl](#)d'un service spécifique par un autre pouvoir adjudicateur non *in house*, contrat de collaboration intercommunale dans un

cas [shy](#)d'espèce, prise de participation du pouvoir adjudicateur dans une entreprise [shy](#)-d'économie mixte dominée par des pouvoirs publics avec attribution simultanée [shy](#)d'un marché de service à une telle entreprise), les marchés publics en découlant restent assujettis aux règles sur les marchés publics (COM(90) 372, pts 81 s.). Troisièmement, les directives de [shy](#)l'Union européenne exigent que le droit exclusif lui-même soit compatible avec les règles du traité (en particulier art. 49, 56 et 106 TFUE), y compris – selon la Cour de justice – les principes généraux (non-discrimination, transparence, proportionnalité, protection juridictionnelle) et règles de droit dérivé qui découlent du traité (Commission, Document de travail concernant [shy](#)l'application du droit de [shy](#)l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs [« coopération public-public »], SEC[2011] 1169), pt 4.3). Aux termes de [shy](#)l'art. 106 § 1-2 TFUE, [shy](#)l'octroi [shy](#)d'un droit exclusif est justifié [shy](#)s'il est nécessaire afin de permettre à un opérateur [shy](#)d'un service [shy](#)d'intérêt économique général [shy](#)d'assurer ses tâches dans des conditions économiques acceptables (CJCE, arrêt *Corsica Ferries France* du 18.06.1998, aff. C-266/96, Rec. 1998, p. I-3949, pts 59 et 44). Alternativement, un monopole de services peut être justifié en droit de [shy](#)l'Union européenne soit par une dérogation expresse pour des raisons [shy](#)d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique (art. 52 TFUE), soit par une autre exigence impérative [shy](#)d'intérêt public, applicable sans discrimination et conforme au principe de proportionnalité (CJCE, arrêt *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International* du 08.09.2009, aff. C-42/07, Rec. 2009, p. I-7633, pts 51-73). En [shy](#)l'absence de justifi~~shy~~fication, un monopole de services constitue une restriction injustifiée à la liberté [shy](#)d'établissement et à la libre prestation de services (art. 49 et 56 TFUE). Ainsi, un ministère espagnol ne peut pas attribuer sans mise en concurrence la fourniture de services postaux non réservés, en se prévalant [shy](#)d'une loi espagnole conférant au prestataire du service universel (Correos) le droit exclusif de fournir lesdits services aux administrations publiques. [shy](#)L'octroi du droit exclusif par la loi espagnole revenait en effet à étendre la liste des ser~~shy~~vices réservés figurant dans la Directive 97/67/CE sur le marché intérieur des services postaux, ce que cette directive ne permet ni horizontalement (*i.e.* pour [shy](#)d'autres services non réservés), ni verticalement (*i.e.* pour certains clients comme [shy](#)l'administration) (CJCE, arrêt *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia* du 18.12.2007, aff. C-220/06, Rec. 2007, p. I-12175, pts 64-69). Le droit exclusif conféré en [shy](#)l'espèce par la loi espagnole ne pouvait pas non plus être fondé sur [shy](#)l'art. 106 § 2 TFUE, car est déjà prise en compte dans le cadre de la Directive 97/67/CE la question de [shy](#)l'étendue nécessaire des services réservés pour que le service postal universel puisse être exercé dans des conditions économiquement acceptables (pts 78-82). A notre sens, cette troisième condition vaut aussi, *mutatis mutandis*, en droit suisse des marchés

publics. Même si le législateur a renoncé, pour des raisons de constitutionnalité, à inclure dans la LMI une règle spécifique durcissant les justifications possibles des monopoles cantonaux et communaux, il [shyn](#)'en demeure pas moins que les cantons et communes ne peuvent octroyer de monopoles [shy](#)qu'à condition de respecter [shyd](#)'une part la liberté économique (art. 27, 36 et 94 Cst ; ATF 132 I 282, c. 3.3 ; ATF 128 I 3, c. 3.b), sous réserve des régales cantonales (Mess-rév.LMI, p. 431 s. ; AUER/MARTENET, Monopoles, N 28) et, [shyd](#)'autre part, les conditions [shyd](#)'attribution prévues à [shyl](#)'art. 2 VII LMI. Plus fondamentalement, il nous paraît difficilement soutenable à terme [shy](#)qu'un monopole cantonal ou communal, qui constitue un obstacle absolu à la libre prestation de services et la liberté [shyd](#)'établissement garantis par [shyl](#)'art. 2 LMI, puisse être justifié à des conditions plus permissives que celles prévues à [shyl](#)'art. 3 LMI pour de simples restrictions à ces libertés [shyd](#)'accès au marché intérieur.

76 [style-vj=1](#)La **Note 2** de [shyl](#)'annexe 4 à [shyl](#)'AMP, de même que la Note 2 à [shyl](#)'annexe VI de [shyl](#)'Accord MP et la Note 2 de [shyl](#)'appendice 10 à [shyl](#)'Annexe R de la Convention AELE, prévoient [shyl](#)'exclusion de certains marchés de **services** qui constituent des **transactions intra-groupes**, à savoir les marchés de services attribués à une entité liée ou à une coentreprise ou à une entité adjudicatrice faisant partie [shyd](#)'une coentreprise, et aux fins de la poursuite [shyd](#)'une **activité dans les secteurs EETT** (ZUFFEREY, Champ [shyd](#)'application, p. 158 s.). Dans ses engagements internationaux, la Suisse a calqué cette exclusion sur celle de [shy](#)-l'ancienne Directive-secteurs européenne (art. 13 § 1 en relation avec art. 1 pt 3 de [shy](#)-l'ancienne Directive-secteurs 93/38/CEE), de sorte que [shyl](#)'exclusion [shys](#)'y trouve limitée aux seuls marchés de services passés par des entités actives dans les secteurs EETT. Dans [shy](#)-l'UE en revanche, [shyl](#)'actuelle Directive-secteurs 2004/17 a étendu le champ [shyd](#)'application de cette exclusion aussi aux marchés de fournitures et de travaux passés par des entités actives dans les secteurs (art. 23 Directive secteurs 2004/17). Les marchés de services exclus par les engagements internationaux conclus par la Suisse sont ceux attribués à une entité liée dont [shyl](#)'objet principal est de fournir des services au groupe auquel elle appartient, et non de vendre ses services sur le marché (COM(91) 347, du 06.11.1991, pts 20-24).

[style-vj=1](#)L'exemption porte sur « les marchés de services

- qu'une entité adjudicatrice passe auprès [shyd](#)'une entreprise liée ; ou
- passés par une coentreprise, constituée de plusieurs entités adjudicatrices aux fins de la poursuite des activités [dans les secteurs EETT, à savoir au sens de [shyl](#)'Annexe 3 à [shy](#)-l'AMP, ou au sens de [shyl](#)'art. 3 de [shyl](#)'Accord MP, ou au sens de [shyl](#)'art. 3 de [shy](#)-l'Annexe R à la Convention AELE] auprès [shyd](#)'une de ces entités adjudicatrices ou [shy](#)-d'une entreprise liée à une de ces entités adjudicatrices,

[style-vj=1](#) pour autant que 80 % au moins du chiffre [shyd](#)'affaires moyen que cette entreprise a réalisé au cours des trois dernières années en matière de services provienne de la fourniture de ces services aux entreprises auxquelles elle est liée. Lorsque le même service ou des services similaires sont fournis par plus [shyd](#)'une entreprise liée à [shyl](#)'entité adjudicatrice, il doit être tenu compte du chiffre [shyd](#)'affaires total résultant de la fourniture de services par ces entreprises ».

[style-vj=1](#) L'exclusion de certains marchés de services est limitée à trois points de vue. Première[shy](#)ment, il faut que le marché soit attribué à une **entité liée**. Constitue une entité liée toute entreprise dont les comptes annuels sont consolidés avec ceux de [shyl](#)'entité adjudicatrice, *ou* toute entreprise sur laquelle [shyl](#)'entité adjudicatrice peut exercer, directement ou indirectement, une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent, *ou* qui peut exercer une influence dominante sur [shyl](#)'entité adjudicatrice *ou* qui, comme [shyl](#)'entité adjudicatrice, est soumise à [shyl](#)'influence dominante [shyd](#)'une autre entreprise du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent (art. 23 § 1 art. 23 Directive secteurs 2004/17, dont le contenu correspond à [shyl](#)'art. 1 § 3 de [shyl](#)'ancienne Directive-secteurs 93/38/CEE). En deuxième lieu, [shyl](#)'exemption ne concerne que les marchés de **services passés par des entités actives dans les secteurs EETT**. Troisièmement, des **cautèles** ont été fixées afin [shyd](#)'éviter que cette exclusion ne provoque des **distorsions de la concurrence** au profit des entreprises ou coentreprises liées aux entités adjudicatrices, qui se voient ainsi réserver des opportunités de profits et/ou [shyd](#)'expérience. [shyl](#)L'objet principal de [shyl](#)'activité de [shyl](#)'entité liée doit être de fournir des services au sein du groupe auquel elle appartient, et non pas de commercialiser ses services sur le marché. Une **activité commerciale marginale** reste permise, pour autant que les transactions intra-groupes constituent au moins 80 % du chiffre [shyd](#)'affaires de [shyl](#)'entité. Lorsque [shyl](#)'activité commerciale excède le seuil maximal de 20 %, les entreprises en cause perdent la possibilité de se voir attribuer des marchés sans mise en concurrence. De plus, la coentreprise doit être constituée exclusivement par des entités adjudicatrices. Enfin, pour prévenir le risque [shyd](#)'une *joint venture* constituée abusivement pour un seul contrat, une certaine stabilité des rapports entre la *joint venture* et les entités adjudicatrices est exigée, en ce sens que la coentreprise doit avoir été constituée pour poursuivre son activité pendant au moins trois ans et que les entités adjudicatrices qui la composent en fassent partie intégrante pendant au moins la même période (COM(91) 347 du 06.11.1991, pt 23 ; 32^e considérant du préambule de la Directive secteurs 2004/17). Comme pour la Note 1 (*supra* N 75), il nous paraît que [shyl](#)'exemption de la Note 2 doit être interprétée restrictivement et [shyl](#)qu'elle ne vaut que pour les

règles spécifiques sur les marchés publics contenues dans [shyl](#)'AMP/accord MP/Convention AELE et transposées dans la LMP et [shyl](#)'AIMP.

e) Coopération entre pouvoirs adjudicateurs

77 La notion de marché public implique la conclusion [shyd](#)'un contrat par un pouvoir adjudicateur, en vue de [shyl](#)'acquisition [shyd](#)'une prestation auprès [shyd](#)'une personne juridiquement distincte de ce pouvoir adjudicateur, en échange [shyd](#)'une rémunération. [shyl](#)L'application du droit des marchés publics ou des concessions ne doit pas dépendre du **caractère privé, public ou mixte du co-contractant du pouvoir adjudicateur** (Commission, Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM[2004] 327, pt 63 ; Commission, Document de travail concernant [shyl](#)'application du droit de [shyl](#)'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs [« coopération public-public »], SEC[2011] 1169), pt 2). Les directives UE incluent dans la notion de soumissionnaires toute personne physique ou morale ou entité publique ou groupement de ces personnes et/ou organismes qui offre des produits ou services sur le marché (art. 1 § 8 Directive classique 2004/18 ; art. 1 § 7 Directive secteurs 2004/17). Une autorité publique est libre quant au choix de principe d'accomplir les tâches publiques qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques ou autres, voire en collaboration avec [shyd](#)'autres autorités publiques, ou au contraire de faire appel à des entités externes [shyn](#)'appartenant pas à ses propres services (CJCE, arrêt *Stadt Halle et RPL Lochau* du 11.01.2005, aff. C-26/03, Rec. 2005 p. I-1, pt 48 ; arrêt *Asemfo* du 19.04.2007, aff. C-295/05, Rec. 2007, p. I-2999, pt 65 ; arrêt *Coditel Brabant* du 13.11.2008, aff. C-324/07, Rec. 2008, p. I-8457, pts 48-49 ; arrêt *Commission/Allemagne* du 09.06.2009, aff. C-480/06, Rec. 2009, p. I-4747, pt 45 ; arrêt *Sea* du 10.09.2009, aff. C-573/07, Rec. 2009 p.I-8127, pts 57-58 ; COM(90) 372, pts 26 et 76-78 ; Commission, Document de travail concernant [shyl](#)'application du droit de [shyl](#)'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs [« coopération public-public »], SEC[2011] 1169), pt 3.1 ; *supra* N 68). Lorsqu'un pouvoir adjudicateur a fait le choix initial d'acquérir des produits ou services auprès d'entités tierces, il n'est en revanche pas automatiquement dispensé de recourir aux procédures de passation de marchés publics (ou de mise en concurrence dans le cas [shyd](#)'une concession) au seul motif [shyl](#)qu'il envisage [shyd](#)'attribuer le marché en question à une entité publique qui est elle-même un pouvoir adjudicateur. En conséquence, un Etat membre ne saurait exclure *a priori* et de manière générale du champ [shyd](#)'application de sa réglementation sur les marchés publics tout accord conclu entre administrations publiques, organismes et autres entités de droit

public (CJCE, arrêt *Commission/Espagne* du 13.01.2005, aff. C-84/03, Rec. 2005, p. I-139, pts 37-40 ; arrêt *Commission/Allemagne* du 09.06.2009, aff. C-480/06, Rec. 2009, p. I-4747, pt 33). [shy](#)L'attribution directe [shyd](#)d'un marché, en-dehors de toute mise en concurrence, ne peut pas non plus être justifiée avec le seul argument que [shyl](#)'effet utile de la directive serait préservé dans les cas où [shyl](#)'adjudicataire est lui-même un pouvoir adjudicateur qui sera tenu de recourir aux procédures de passation de marchés publics pour tout marché subséquent (CJCE, arrêt *Auroux* du 18.01.2007, aff. C-220/05, Rec. 2007, p. I-385, pts 64-68). Mais la Cour de justice de l'UE a souligné que certaines formes de coopération public-public peuvent échapper, selon une analyse des circonstances du cas d'espèce, à la qualification de marché public. Premièrement, les directives marché publics prévoient expressément trois exceptions, qui concernent soit les marchés de services attribués à une entité titulaire [shyd](#)d'un droit exclusif et qui est elle-même un pouvoir adjudicateur (art. 18 Directive classique 2004/18 ; art. 25 Directive secteurs 2004/17 ; *supra* N 75), soit les transactions intra-groupe dans les secteurs EETT (art. 23 Directive secteurs 2004/17 ; *supra* N 76), soit les acquisitions faites auprès ou par [shyl](#)'intermédiaire [shyd](#)'une **centrale [shyd](#)'achat** active pour des pouvoirs adjudicateurs (art. 1 § 10 et art. 11 Directive classique 2004/18 ; art. 1 § 8 et art. 29 Directive secteurs 2004/17 ; Commission, Document de travail concernant [shyl](#)'application du droit de [shy](#)-l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs [« coopération public-public »], SEC[2011] 1169), pt 4.4). Deuxièmement, la jurisprudence admet une exception lorsque [shyl](#)'entité publique peut être assimilée à une entité *in house* par rapport au pouvoir adjudicateur (CJCE, arrêt *Teckal* du 18.11.1999, aff. C-107/98, Rec. 1999, p. I-8121, pt 51 ; arrêt *ARGE Gewässerschutz* du 07.12.2000, aff. C-94/99, Rec. 2000, p. I-11037, pts 28 et 40 ; arrêt *Stadt Halle* du 11.01.2005, aff. C-26/03, Rec. 2005, p. I-1, pts 45-47 ; arrêt *Auroux* du 18.01.2007, aff. C-220/05, Rec. 2007, p. I-385, pt 62 ; arrêt *Sea* du 10.09.2009, aff. C-573/07, Rec. 2009, p. I-8127, pts 40-41 ; *supra* N 68-76). Troisièmement, la Cour de justice a infléchi sa jurisprudence en 2009 en admettant [shy](#)qu'une « pure coopération interadministrative » peut, selon les circons~~shy~~tances spécifiques du cas [shy](#)-d'espèce, ne pas tomber dans la notion de marché public assujetti aux directives (CJCE, arrêt *Commission/Allemagne* du 09.06.2009, aff. C-480/06, Rec. 2009, p. I-4747 ; *infra* N 78). Afin de synthétiser la jurisprudence de la CJUE et [shyd](#)'éclaircir dans quelles conditions le droit de [shyl](#)'Union [shys](#)'applique à une coopération public-public, les services de la Commission ont élaboré un document de travail (Document de travail des services de la Commission concernant [shyl](#)'application du droit de [shyl](#)'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs [« coopération public-public »], SEC[2011] 1169).

78 [style-vj=1](#)L'assujettissement de principe au droit des marchés publics des **collaborations entre autorités publiques non *in house*** est remis en cause par [shyl](#)'arrêt *Commission/Allemagne*, rendu en grande chambre, concernant un contrat conclu sans appel [shyd](#)'offres entre quatre Landkreise de Basse-Saxe et les services de voirie de la ville de Hambourg et ayant pour objet [shyl](#)'élimination des déchets de toutes les parties contractantes dans une nouvelle installation de traitement thermique des déchets que la ville de Hambourg projetait de construire et de faire exploiter. Dès lors que les quatre Landkreise [shyn](#)'exerçaient de contrôle analogue ni sur leur cocontractant (les services de voirie de la ville de Hambourg), ni sur [shyl](#)'exploitant de [shy](#)-l'installation thermique (une société non partie au contrat litigieux et dont le capital était partiellement constitué par des fonds privés), les conditions posées pour une exception *in house* [shyn](#)'étaient pas remplies (CJCE, arrêt *Commission/Allemagne* du 09.06.2009, aff. C-480/06, Rec. 2009, p. I-4747, pts 31 et 36). Néanmoins, le contrat a échappé au champ [shyd](#)'application des directives, en raison de son objet et de ses parties. En premier lieu, le contrat instaurait une coopération entre collectivités locales ayant pour objet [shyd](#)'assurer une mission de service public, le traitement des déchets dans une installation la plus proche possible. La décision de la ville de Hambourg de construire une installation de traitement des déchets [shyn](#)'a été prise [shyqu](#)'après que la ville a obtenu [shyl](#)'engagement des quatre Landkreise [shyd](#)'y valoriser leurs déchets, ce qui permettait une exploitation de [shyl](#)'installation dans les conditions économiques les plus favorables. A [shyl](#)'inverse, si les quatre Landkreise avaient lancé un appel [shyd](#)'offres, les services de voirie de la ville de Hambourg [shyn](#)'auraient pas été en mesure de soumissionner, faute de disposer alors [shyd](#)'une capacité de valorisation des déchets (pts 26 et 37 s.). Deuxièmement, le contrat [shyn](#)'était conclu [shyqu](#)'entre autorités publiques, sans participation [shyd](#)'une partie privée. Les quatre Landkreise [shys](#)'y engageaient à livrer leurs déchets à [shyl](#)'usine [shyd](#)'incinération et à mettre en retour à disposition de la ville de Hambourg des capacités de mise en décharge. Le prix des services [shyd](#)'élimination des déchets était payé directement par les services de voirie de Hambourg à [shyl](#)'exploitant de [shyl](#)'installation, les Landkreise remboursant ensuite aux services de voirie leur part des charges. Ainsi, le contrat ne prévoyait ni ne préjugeait, selon la Cour, la passation des marchés nécessaires pour la construction et [shyl](#)'exploitation de [shyl](#)'usine [shyd](#)'incinération (pts 39-44). Ce deuxième argument peine à convaincre pour ce qui est de [shyl](#)'exploitation de [shy](#)-l'usine, dans la mesure où les Landkreise [shys](#)'engageaient à y faire traiter leurs déchets et à rembourser le prix correspondant, même si [shyl](#)'engagement était pris envers les services de voirie de la ville de Hambourg plutôt que directement envers [shyl](#)'exploitant privé de [shy](#)-l'installation. Troisièmement, la coopération en cause [shyn](#)'aurait pas relevé du droit des marchés publics si les collectivités publiques avaient créé un organisme de droit public [shy](#)-

qu'elles auraient chargé de la mission [shyd](#)'intérêt général [shyd](#)'élimination des déchets. Or, des autorités publiques sont libres [shyd](#)'accomplir leurs missions de service public soit par leurs propres moyens (sans faire appel à des entités externes), soit en collaboration avec [shyd](#)'autres autorités publique (sans obligation de recourir à une forme juridique particulière). Dès lors que la coopération en cause visait uniquement la poursuite [shyd](#)'objectifs [shyd](#)'intérêt public et [shy](#)qu'elle ne plaçait aucune entreprise privée dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents, elle ne constituait pas un montage visant à contourner ou à remettre en cause les objectifs poursuivis par les règles du droit de [shyl](#)'Union en matière de marchés publics, à savoir la libre circulation des services et [shyl](#)'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les Etats membres (pts 45-48). [shyL](#)'arrêt de la Cour nous paraît largement reposer sur ce troisième argument, ajouté au fait que la coopération visait la poursuite [shyd](#)'un service [shyd](#)'intérêt économique général dans des conditions économiquement acceptables, et à la considération implicite que la sélection ultérieure des entreprises de construction et (surtout) du partenaire privé chargé de [shyl](#)'exploitation de [shyl](#)'usine [shyd](#)'incinération ferait nécessairement [shyl](#)'objet de marchés publics passés par les services de voirie de la ville de Hambourg (sur l'analyse faite par la Commission de cet arrêt, voir Commission, Document de travail concernant [shyl](#)'application du droit de [shyl](#)'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs [« coopération public-public »], SEC[2011] 1169), pt 3.3). La révision des directives marchés publics de décembre 2011 propose de codifier l'arrêt *Commission/Allemagne* en ce sens qu'un contrat conclu entre deux ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ne constitue pas un marché public si les conditions cumulatives suivantes sont réunies : (a) l'accord établit une véritable coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants qui vise à mener de concert leurs missions de service public et prévoit des droits et des obligations mutuels pour les parties ; (b) l'accord n'est guidé que par l'intérêt public ; (c) les pouvoirs adjudicateurs participants ne réalisent pas, sur le marché libre, plus de 10 %, de leurs activités pertinentes dans le cadre de l'accord, en termes de chiffre d'affaires ; (d) l'accord ne prévoit aucun transfert financier entre les pouvoirs adjudicateurs participants autre que ceux correspondant au remboursement du coût effectif des travaux, des services ou des fournitures ; (e) les pouvoirs adjudicateurs participants ne font l'objet d'aucune participation privée (art. 11 § 4 de la proposition de Directive classique COM[2011] 896).

[style-vj=1](#)De même, le **droit suisse** ne permet pas non plus, à notre sens, [shyd](#)'écarter de 79 manière générale la réglementation sur les marchés publics, y compris [shyl](#)'art. 5 LMI, lorsqu'un marché est passé entre deux pouvoirs adjudicateurs. Premièrement, [shyl](#)'exclusion expressément prévue par les accords internationaux pour les marchés de services attribués à une entité qui est elle-même un pouvoir adjudicateur et qui bénéficie [shyd](#)'un droit exclusif

(Note 1 à [shyl](#)'Annexe VI de [shyl](#)'Appendice I à [shyl](#)'AMP ; Note 1 à [shyl](#)'Annexe VI à [shyl](#)-l'Accord MP ; Note 1 de [shyl](#)'Appendice 10 à [shyl](#)'Annexe R de la Convention AELE ; *supra* N 75) ne ferait aucun sens si tous les marchés attribués à un autre pouvoir adjudicateur étaient exclus de la notion de marchés publics. Les « Notes générales et dérogations aux dispositions de [shyl](#)'art. III » annexées par la Suisse à [shyl](#)'Appendice I à [shyl](#)'AMP, et qui contiennent plusieurs exclusions générales, ne font pas non plus mention des marchés passés entre pouvoirs adjudicateurs. Deuxièmement, le Tribunal fédéral [shyn](#)'a jamais exclu [shyl](#)'application du droit des marchés publics pour la seule raison que le co-contractant serait aussi un pouvoir adjudicateur. Dans la définition des marchés publics, entendus comme « l'ensemble des contrats relevant du droit privé passés par les pouvoirs publics avec des soumissionnaires (privés) portant sur [shyl](#)'acquisition de fournitures de constructions ou de services », le Tribunal fédéral a toujours maintenu entre parenthèses la qualification « privés » des soumissionnaires (ATF 125 I 209, c. 6b ; ATF 135 II 49, c. 4.2). La seule circonstance [shyl](#)-qu'une collaboration entre pouvoirs adjudicateurs pourrait prendre la forme [shyl](#)d'un contrat de droit administratif plutôt que de droit privé ne devrait pas non plus suffire à elle seule à exclure [shyl](#)qu'il [shys](#)'agisse [shyl](#)d'un marché public, en raison du caractère mouvant de la distinction entre délégation de tâche publique (effectuée par contrat de droit administratif) et *blosse Hilfstätigkeit* (activité par laquelle [shyl](#)'Etat se procure des fournitures ou services dont il a besoin pour réaliser ses [shyl](#)tâches publiques, et qui est effectuée par contrat de droit privé) (ATF 134 II 297, c. 2-3). Troisièmement et surtout, [shyl](#)'art. 94 Cst prévoit que la production de biens et la prestation de services sur le marché incombent en principe à [shyl](#)'économie privée. Les unités administratives fédérales ne peuvent ainsi fournir de prestations commerciales à des tiers que si une loi les y autorise (art. 41 et 41a de la *Loi fédérale du 7 octobre 2005 sur les finances de la Confédération*; LFC [RS 611.0]). Sont considérés comme tiers les cantons et communes, les Etats étrangers, les organisations internationales, les entreprises liées à la Confédération (RUAG, CFF, Swisscom, etc.) ainsi que les opérateurs privés. En revanche, des prestations peuvent être directement fournies, sans base légale, aux autres unités de [shyl](#)'administration fédérale centrale ou décentralisée ainsi [shyl](#)qu'au Parlement fédéral et aux tribunaux fédéraux, dès lors [shyl](#)qu'il ne [shys](#)'agit pas de tiers (Message du Conseil fédéral relatif à la modification de la LFC, FF 2009 p. 6537 s.). La règle des art. 41 et 41a LFC consacre en substance [shyl](#)'exception *in house*. Elle [shys](#)'en écarte toutefois en ce [shyl](#)qu'elle permet des attributions « externes » sans mise en concurrence, lorsqu'une base légale le prévoit. Les relations entre entités fédérales et cantonales ou entre des entités de cantons différents ou de municipalités différentes sont des relations entre tiers, qui ne répondent en règle générale pas aux deux conditions de [shyl](#)'exception *in house*, faute de contrôle

analogue (*supra* N 77 s.). [shy](#)L'attribution sans mise en concurrence [shy](#)d'un marché public passé par un pouvoir adjudicateur cantonal ou communal à un autre pouvoir adjudicateur restreint [shy](#)l'accès au marché des opérateurs privés, en les empêchant de soumettre une offre ; il s'agit d'une violation de [shy](#)l'art. 5 LMI, des règles spécifiques sur les marchés publics, ainsi que des art. 27 et 94 Cst (voir en ce sens BEYELER, In-house, pour qui la neutralité concurrentielle est le critère déterminant, p. 66 N 109, mais qui admet assez largement un « privilège in-state », p. 81-92). Sont réservés les cas dans lesquels le pouvoir adjudicateur co-contractant remplit les conditions de [shy](#)l'exception *in house* (par exemple une entité fondée par plusieurs communes, sans aucune participation [shy](#)d'un opérateur privé, et ayant pour tâche essentielle de fournir des services de traitement des déchets ou des eaux usées aux seules communes qui la contrôlent), les cas de « pure coopération inter-administrative » au sens de [shy](#)l'affaire *Commission/Allemagne* précitée (*supra* N 78), ainsi que les autres exceptions expressément prévues par les accords internationaux en matière de marchés publics.

2. Types de marchés publics

a) Travaux, fournitures et services

L'art. 5 LMI a un champ [shy](#)d'application très large qui couvre tous les marchés de **fournitures**, de **travaux** et de **services**, **quel que soit leur type** (« *Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten* »; « *acquisti, prestazioni di servizi e lavori di costruzione* »; « *supplies, services and works contracts* »). Les **fournitures** sont des biens mobiliers ; le marché peut notamment consister en un contrat de vente, de crédit-bail (leasing), de bail à loyer ou de location-vente (art. I § 2 AMP), de sorte [shy](#)qu'il [shyn](#)'est pas nécessaire que le pouvoir adjudicateur devienne propriétaire de ces biens. [shy](#)L'assujettissement de **tous les types de services** à [shy](#)l'art. 5 LMI constitue [shy](#)l'un des traits les plus marquants de cette disposition. Sur ce point, la couverture assurée par [shy](#)l'art. 5 LMI est identique à celle prévue par [shy](#)l'art. 6 I/c et III AIMP, depuis la révision de 2001. [shy](#)L'art. 5 LMI va également plus loin que les conventions de réciprocité existant entre certains cantons, qui ne couvrent que les marchés de travaux et de fournitures (ou des seules fournitures en relation avec les travaux). [shy](#)L'assujettissement de tous les services à [shy](#)l'art. 5 LMI et à [shy](#)l'AIMP va au-delà de la couverture prévue par la LMP pour les marchés publics fédéraux, qui ne vise [shy](#)qu'une liste exhaustive de services résultant des engagements pris par la Suisse dans le cadre des accords internationaux, en premier lieu desquels [shy](#)l'AMP (art. 5 I/b LMP, art. 3 II OMP et annexe 1a à [shy](#)l'OMP ; ATF 125 II 86, c. 1c ; ATAF 2008/48, c. 2.3 ; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Beschaffungswesen, N 126-

135). La liste de services couverts par [shyl](#)'annexe 4 de [shyl](#)'Appendice I à [shyl](#)'AMP – comme celle visée par [shyl](#)'Accord MP (art. 3 § 6-7 Accord MP et annexe VI à [shyl](#)'Accord MP) et par la Convention AELE (art. 4 de [shyl](#)'Annexe R et Appendice 10 à [shyl](#)'Annexe R à la Convention AELE) – est basée, par [shyl](#)'intermédiaire du document MTN.GNS/W/120, sur la classification centrale provisoire des produits (CPCprov) établie par [shyl](#)'ONU en 1988 (<<http://unstats.un.org/unsd/cr/registry/regcst.asp?Cl=9&Lg=2>> ; cf. la note de F. BELLANGER in : DC 2000/4, p. 123 s.). Pour interpréter la liste des services assujettis aux accords internationaux et à la LMP, la jurisprudence se réfère de manière constante au CPCprov (ATAF 2008/48, c. 3.4 et la jurisprudence antérieure citée). Au niveau fédéral, les autres services non expressément énumérés dans les accords internationaux sont exclus du champ [shyd](#)'application de la loi, mais ils relèvent du chapitre 3 de [shyl](#)'OMP (art. 32/a/2 OMP ; ATAF 2008/48, c. 2.2 et 2.3 ; FETZ, Beschaffungsrecht, p. 165 N 68). La différence pratique consiste en ce que ces autres marchés de services ne peuvent faire [shyl](#)'objet [shyd](#)'un recours (art. 2 III LMP ; art. 39 OMP). La **distinction entre fournitures et services** est le plus souvent évidente. Dans [shyl](#)'UE, [shyl](#)'acquisition [shyd](#)'un logiciel standard est un marché mixte de fournitures et de services, dont les fournitures sont [shyl](#)'élément prépondérant (CJCE, arrêt *Lämmerzahl* du 11.10.2007, aff. C-241/06, Rec. 2007, p. I-8415, pt 38). En revanche, le TAF a considéré, sans examiner la question de [shyl](#)'élément prépondérant, que [shyl](#)'acquisition de logiciels Microsoft pour PC et serveurs, y compris la maintenance et le support, est un marché de services (TAF, arrêt du 06.07.2010, B-3402/2009, c. 1.1). Dans le cadre [shyd](#)'un marché passé par une caisse publique [shyd](#)'assurance maladie pour la confection et la fourniture de chaussures orthopédiques adaptées individuellement aux besoins des patients, la Cour de justice a considéré que la notion de produit comprend aussi la confection du produit, que celui-ci soit mis à disposition des consommateurs déjà prêt ou après être fabriqué et adapté individuellement en fonction des besoins de chaque client (CJCE, arrêt *Hans & Christophorus Oymanns* du 11.06.2009, aff. C-300/07, Rec. 2009, p. I-4779, pts 60-66). La définition des **marchés de travaux** découle des accords internationaux : « *un contrat de services de construction est un contrat qui a pour objectif la réalisation, par quelque moyen que ce soit, de travaux de construction d'ouvrages de génie civil ou de bâtiments, au sens de la division 51 de la Classification centrale de produits (CPC)* » (Annexe 5 de l'Appendice I à l'AMP ; art. 3 § 6 Accord MP et Annexe VII de cet Accord ; Art. 4 de l'Annexe R à la Convention AELE et Appendice 11 à l'Annexe R ; idem, art. 1 § 2/b Directive classique 2004/18). Bien que la précision « **par quelque moyen que ce soit** » ait été omise dans la définition figurant dans le droit fédéral ou intercantonal (art. 5 I/c LMP ; annexe 2 à l'OMP ; art. 6 I/a AIMP), la notion ainsi définie n'en constitue pas moins une obligation internationale qui lie la Confédération,

les cantons et les communes, pour les marchés soumis aux accords internationaux. L'interdiction de l'abus de droit devrait conduire au même résultat pour les marchés non soumis aux accords internationaux, mais relevant de la LMI et de l'AIMP notamment. *A contrario*, la notion de « réalisation de travaux » **exclut** les contrats conclus par un pouvoir adjudicateur concernant l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou qui concernent des droits sur ces biens (Note 3 à l'Annexe 4 de l'Appendice I à l'AMP ; art. 16/a Directive classique 2004/18). L'énumération spécifique des services de construction figurant à l'Annexe 5 à l'AMP est limitée aux seuls services relevant de la division 51 CPC provisoire (*Construction work*), à l'exclusion des divisions 52 (*Constructions*) et 53 (*Land*). Plus particulièrement, la subdivision CPC provisoire n° 518 ne vise que la location ou le crédit-bail portant sur « des équipements de construction ou de démolition, y compris les travaux du personnel », et non la location ou le crédit-bail portant sur l'immeuble lui-même. En revanche, lorsque l'achat ou la location d'un immeuble (à construire) par un pouvoir adjudicateur fait partie d'une **transaction complexe équivalant économiquement à un marché de travaux**, les règles sur les marchés publics peuvent s'y appliquer. Tel pourrait notamment être le cas pour un contrat de location ou de leasing immobilier portant sur un immeuble à construire selon les spécifications du pouvoir adjudicateur. Un marché public de travaux étant un contrat à titre onéreux, il faut que le pouvoir adjudicateur reçoive une prestation moyennant le paiement d'une contrepartie. Cette **prestation** consiste dans la réalisation des travaux que le pouvoir adjudicateur vise à obtenir ; elle doit comporter un **intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur**, qui peut consister (CJUE, arrêt *Helmut Müller* du 25.03.2010, aff. C-451/08, Rec. 2010, p. I-2673, pt 54 ; CJCE, arrêt *Auroux* du 18.01.2007, aff. C-220/05, Rec. 2007, p. I-385, pt 47 ; arrêt *Ordine degli Architetti* du 12.07.2001, Rec. 2001, p. I-5409, aff. C-399/98) :

- soit en ce que le pouvoir adjudicateur deviendra propriétaire de l'ouvrage,
- soit en ce que le pouvoir adjudicateur disposera d'un titre juridique qui lui assurera la disponibilité des ouvrages faisant l'objet du marché, en vue de leur affectation publique,
- soit dans des avantages économiques que le pouvoir adjudicateur pourra tirer de l'utilisation ou de la cession future de l'ouvrage,
- soit dans le fait que le pouvoir adjudicateur a participé financièrement à la réalisation de l'ouvrage ou dans les risques qu'il assume en cas d'échec économique de l'ouvrage.

Dans l'affaire *Commission/Allemagne*, la Cour de justice s'est penchée sur une opération triangulaire par laquelle (i) Köln-Messe GmbH vendait à GKM, une société d'investissement privée, un terrain en vue d'y construire quatre halls d'exposition, puis (ii) la ville de Cologne concluait, comme locataire, un contrat de bail avec GKM portant sur quatre halls d'exposition

que GKM s'engageait à construire selon les spécifications définies dans le dossier du permis de construire de la ville et reprises dans le contrat de bail, puis (iii) la ville de Cologne sous-louait les quatre halls d'exposition à Köln-Messe GmbH, le contrat de sous-location ayant un contenu en substance identique au contrat de bail principal et comportant le droit pour Köln-Messe d'exercer tous les droits et obligations appartenant à la ville de Cologne en vue de l'exécution du contrat principal par GKM. Dans une opération composée de plusieurs volets formant un tout indissociable, la Cour de justice a admis que le cocontractant de GKM était la ville de Cologne, comme pouvoir adjudicateur, dès lors que le contrat de bail principal incorporait les spécifications détaillées quant à la réalisation des ouvrages en question. N'étaient pertinents ni le contrat de vente initial entre Köln-Messe et GKM, ni le fait que la conception de l'opération en cause revenait initialement à Köln-Messe, ni le contrat de sous-location, ni le fait que les ouvrages étaient destinés à servir aux activités de Köln-Messe qui en aurait en définitive la jouissance et verserait pour cela un loyer mensuel. La ville de Cologne s'était engagée à assumer la charge financière de l'opération au cas où Köln-Messe ne parviendrait pas à faire face au coût des loyers (CJCE, arrêt *Commission/Allemagne* du 29.10.2009, aff. C-536/07, Rec. 2009, p. I-10355, pt 43-52). En revanche, l'existence d'un marché public a été niée dans l'affaire *Helmut Müller* concernant une relation tripartite par laquelle le Bundesanstalt für Immobilienaufgaben vendait à GSSI, une société immobilière, la caserne de Wittekind, dont les terrains devaient faire l'objet d'une réutilisation civile, l'acquéreur devant exécuter ultérieurement des travaux répondant aux objectifs de développement urbanistique définis par la ville de Wildeshausen. Dès lors que le contrat de vente immobilière Bundesanstalt – GSSI ne constituait pas un marché public, la question était de savoir si l'octroi par la ville de Wildeshausen à GSSI des décisions d'autorisation de construire constituait un marché public de travaux. Selon la Cour de justice, le simple exercice de compétence de régulation en matière d'urbanisme, visant la réalisation de l'intérêt général, n'a pas pour objet la réception d'une prestation contractuelle ni la satisfaction de l'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur (CJUE, arrêt *Helmut Müller* du 25.03.2010, aff. C-451/08, Rec. 2010, p. I-2673, pts 46-58). Lorsqu'une opération est composée de plusieurs volets ou de plusieurs phases – comme la vente d'un terrain qui fera ultérieurement l'objet d'un marché public, ou comme un volet « construction » associé à un volet « location » ou financement –, la question de savoir si l'opération doit être considérée comme **un tout indissociable dépend des circonstances de l'affaire en cause**. Dans l'affaire *Commission/Allemagne* susmentionnée, la Cour de justice a considéré que l'opération formait un tout, au motif que la construction des ouvrages par GKM n'aurait pas eu de raison d'être en l'absence du contrat de location avec la ville de Cologne, et que ce dernier n'aurait pu avoir

d'existence autonome sans la future réalisation des ouvrages telle que prévue dans ledit contrat (CJCE, arrêt *Commission/Allemagne* du 29.10.2009, aff. C-536/07, Rec. 2009, p. I-10355, pt 28). En revanche, dans l'affaire *Helmut Müller*, la Cour a considéré comme distincte les deux opérations, en raison de l'absence d'obligations juridiquement contraignantes contractées par les parties. D'une part, le contrat de vente entre le Bundesanstalt et GSSI ne portait aucun indice de la passation prochaine d'un marché public de travaux, de simples intentions n'étant pas suffisantes (en l'espèce, les acheteurs potentiels de la caserne avaient présenté au Bundesanstalt et à la ville de Wildeshausen leurs projets de développement, et le Bundesanstalt avait affirmé qu'il s'en remettait à la décision de la ville, celle-ci s'étant prononcée en faveur du projet de GSSI). D'autre part, GSSI n'avait pris aucun engagement envers la ville de réaliser le projet de valorisation du terrain acquis, tandis que la ville de Wildeshausen s'était déclarée disposée à examiner le projet présenté par GSSI en vue de l'octroi des autorisations de construire nécessaires (CJUE, arrêt *Helmut Müller* du 25.03.2010, aff. C-451/08, Rec. 2010, p. I-2673, pts 81-88 et 65). Lorsqu'une opération composée de plusieurs volets indissociables comporte à la fois des travaux et d'autres services, la **qualification du marché public dépend de l'objet principal du marché**, et non du montant des rémunérations respectives de chaque volet ou des modalités de règlement de ces rémunérations ou de la qualification du contrat par les parties (*infra* N 81). Dans l'affaire *Commission/Allemagne*, la Cour de justice a considéré que le volet « travaux » primait sur celui de « location », car l'objectif prioritaire du contrat entre la ville de Cologne et GKM était la construction des quatre halls d'exposition, qui devaient ensuite être mises à la disposition de la ville de Cologne par le biais d'un « contrat de location ». Les ouvrages étaient réalisés conformément aux spécifications très détaillées explicitées par la ville de Cologne dans le contrat de bail principal. Il importait peu au surplus que GKM, société d'investissement, ne réalise pas elle-même les travaux mais les sous-traite à des entreprises de construction (CJCE, arrêt *Commission/Allemagne* du 29.10.2009, aff. C-536/07, Rec. 2009, p. I-10355, pts 54-62). La notion de marché public de travaux impliquant la réalisation d'un « ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur », il faut que le pouvoir adjudicateur ait pris des mesures afin de **définir les caractéristiques de l'ouvrage ou, à tout le moins, d'exercer une influence déterminante sur la conception de celui-ci** (CJUE, arrêt *Helmut Müller* du 25.03.2010, aff. C-451/08, Rec. 2010, p. I-2673, pts 67-68). Dans l'affaire *Helmut Müller*, la Cour a considéré qu'il ne suffisait pas que la ville de Wildeshausen exerce ses compétences en matière de régulation urbanistique, examine certains plans de construction qui lui sont soumis (par GSSI) ou prenne une décision d'autorisation de construire en application de ses compétences. La ville n'avait pas établi un cahier des besoins visant les ouvrages à réaliser sur les terrains de la caserne, mais s'était limitée à décider qu'elle était

disposée à examiner le projet soumis par GSSI (de préférence aux projets soumis par d'autres acheteurs potentiels) (CJUE, arrêt *Helmut Müller* du 25.03.2010, aff. C-451/08, Rec. 2010, p. I-2673, pts 64-69). En revanche, dans l'affaire *Commission/Allemagne*, la ville de Cologne avait prévu dans le contrat de location avec GKM des prescriptions très détaillées sur les ouvrages à construire, de sorte qu'il s'agissait d'un marché public passé par la ville (même si la conception de l'opération revenait initialement à Köln-Messe, qui jouirait aussi en définitive des quatre halls) (CJCE, arrêt *Commission/Allemagne* du 29.10.2009, aff. C-536/07, Rec. 2009, p. I-10355, pts 58-59 et 49).

b) Marchés mixtes

81 L'AMP, [shyl](#)'Accord MP, la Convention AELE, la LMP ou [shyl](#)'AIMP ne contiennent aucune règle relative à la délimitation entre les divers types de marchés. La question du rattachement est importante puisque les seuils internationaux – et en conséquence la notion de « marché de grande importance » déclenchant une obligation de mise en concurrence selon [shyl](#)'art. 5 II LMI – varient selon les catégories. Lorsqu'un **marché mixte** conjugue des éléments relevant à la fois des fournitures et des services ou des travaux, et pour autant que les prestations attendues des soumissionnaires soient **indissociables**, le rattachement se fait selon l'**élément prépondérant**. Il faut identifier [shyl](#)'objet principal du marché et le distinguer des prestations accessoires. Ensuite, la totalité du marché est passée selon les règles applicables à son élément prépondérant. Ainsi, la CJUE considère [shyl](#)qu'un contrat mixte qui porte à la fois sur [shyl](#)-l'exécution de travaux et une cession de biens ne relève pas du champ [shyd](#)'application des règles sur les marchés publics de travaux si [shyl](#)'exécution de ceux-ci présente seulement un caractère accessoire par rapport à la cession de biens (CJCE, arrêt *Gestion Hotelera International c/Comunidad Autónoma de Canarias e.a* du 19.04.1994, aff. C-331/92, Rec. 1994, p. I-1329, pts 19 ss, 23 ss et 29). A [shyl](#)'inverse, si certains éléments [shyd](#)'une opération complexe sont **dissociables**, il convient de considérer séparément ces éléments afin de déterminer les règles de passation de marché éventuellement applicables. Cette analyse différenciée des contrats mixtes, selon [shyl](#)qu'ils contiennent des éléments indissociables ou dissociables, est aussi suivie par le Tribunal fédéral, qui a considéré que la fourniture et la gestion [shyd](#)'un système de vélos en libre-service constitue un marché public (de fournitures et de services) parfaitement dissociable de la concession [shyd](#)'affichage sur le domaine public en ville de Genève et qui, au vu de sa nature de son importance, ne peut être assimilé à une simple prestation accessoire à la concession (ATF 135 II 49, c. 5.2).

- Suivant une solution eurocompatible, le marché sera qualifié globalement de marché de **fournitures** lorsque la valeur de celles-ci est supérieure à celle des **services**. Dans le cas inverse, il sera qualifié de marché de services (JAAC 1999/63 n° 15, c. 1d ; TAF, arrêt du 08.11.2007, B-5084/2007, c. 1.2 ; art. 1 § 2 pt d/II Directive classique 2004/18 ; art. 1 § 2 pt d/II Directive secteurs 2004/17 ; CJCE, arrêt *Carbotermo et Consorzio Alisei* du 11.05.2006, aff. C-340/04, Rec. 2006, p. I-4137, pt 31 ; arrêt *Hans & Christophorus Oymanns* du 11.06.2009, aff. C-300/07, Rec. 2009, p. I-4779, pts 60-63 concernant la confection et la fourniture de chaussures orthopédiques adaptées individuellement aux besoins des patients et les conseils individualisés ; arrêt *Termoraggi* du 10.04.2008, aff. C-323/07, non publiée, pts 15-16 concernant la fourniture de combustibles et [shy](#)l'entretien [shy](#)d'installations de chauffage ; CLERC, *Marchés*, p. 405). Dans [shy](#)l'UE, [shy](#)l'acquisition [shy](#)d'un logiciel standard est un marché mixte de fournitures et de services, dont les fournitures sont [shy](#)-l'élément prépondérant (CJCE, arrêt *Lämmerzahl* du 11.10.2007, aff. C-241/06, Rec. 2007, p. I-8415, pt 38). En revanche, le TAF a considéré, sans examiner la question de [shy](#)-l'élément prépondérant, que [shy](#)l'acquisition de logiciels Microsoft pour PC et serveurs, y compris la maintenance et le support, est un marché de services (TAF, arrêt du 06.07.2010, B-3402/2009, c. 1.1).

[style-top=-0.2pt](#)– Si un pouvoir adjudicateur attribue par des marchés distincts les **travaux** et les **services** (d'ingénierie, [shy](#)d'architecture) destinés à la réalisation [shy](#)d'un même ouvrage, ces derniers constituent en principe des marchés de services distincts. Ce [shyn](#)'est que si un pouvoir adjudicateur attribue conjointement la conception et [shy](#)l'exécution de [shy](#)l'ouvrage (contrat [shy](#)d'entreprise totale) que les prestations de services peuvent être englobées dans le marché de travaux (JAAC 1999/63 n° 16, c. 1a). Dans le cas de contrats complexes à caractère mixte, qui contiennent à la fois des éléments ayant trait à un marché public de **travaux** ainsi que des éléments ayant trait à un **autre type** de marché, [shyc](#)'est l'**objet principal du contrat** qui détermine les règles applicables à [shy](#)l'opération dans son ensemble. [shy](#)L'objet principal est déterminé dans le cadre [shy](#)d'un examen objectif [shy](#)-d'ensemble, au regard des obligations essentielles qui prévalent et qui, comme telles, caractérisent ce marché, par opposition à celles qui ne revêtent [shy](#)qu'un caractère accessoire ou complémentaire et sont imposées par [shy](#)l'objet même du contrat ; le montant respectif des différentes prestations en présence [shyn](#)'est [shy](#)qu'un critère parmi [shy](#)d'autres à prendre en compte et il ne saurait constituer le critère exclusif. La détermination selon [shy](#)l'objet principal du marché vise à éviter que [shy](#)l'application des règles sur les marchés publics ne soit contournée dans le cas où les travaux, bien [shy](#)qu'accessoires, représentent en valeur plus de 50 % du prix total, ce dernier restant inférieur au seuil (élevé) retenu pour

[shy](#)l'assujettissement des marchés de travaux, alors même qu'il atteint le seuil prévu pour les marchés de services (art. 1 § 2 pt d/III et c. 10 du préambule de la Directive classique 2004/18 ; art. 1 § 2 pt d/III et c. 16 du préambule de la Directive secteurs 2004/17 ; CJCE, arrêt *Commission/Italie* du 21.02.2008, aff. C-412/04, Rec. 2008, p. I-619, pts 46-51 ; CJUE, arrêt *Commission/Espagne* du 26.05.2011, aff. C-306/08, non encore publié, pts 90-98). Ainsi, la réalisation par une entreprise [shyd](#)'un pôle de loisirs dont certains ouvrages seraient ensuite cédés soit à la ville de Roanne (parc de stationnement, voies [shyd](#)'accès, espaces publics), soit à des tiers (multiplexe cinéma, locaux commerciaux, hôtel) a été globalement qualifiée de marché public de travaux, dès lors que les éléments de services prévus par la convention (acquisition foncière initiale, recherche de fonds, organisation [shyd](#)'d'un concours [shyd](#)'architecture et/ou [shyd](#)'ingénierie, commercialisation des bâtiments) étaient accessoires à [shyl](#)'achèvement de [shyl](#)'ouvrage (CJCE, arrêt *Auroux* du 18.01.2007, aff. C-220/05, Rec. 2007, p. I-385, pts 36-41, 46). La Cour a qualifié de marché de travaux une « opération à trois » complexe entre Köln-Messe GmbH, une société [shyd](#)'investissement et la ville de Cologne, car [shyl](#)'objectif primaire était [shyl](#)'édification de quatre halles [shyd](#)'exposition conformément aux besoins précisés par la ville, et non pas le contrat de location conclu pour 30 ans entre la société [shyd](#)'investissement (bailleur) et la ville de Cologne, indépendamment du fait que les coûts de construction et la valeur actualisée des loyers étaient *grosso modo* équivalents ; de plus [shyl](#)'opération formait un tout indissociable, car la construction des halles [shyn](#)'aurait pas eu de raison [shyd](#)'être sans le contrat de location, et car ce dernier [shyn](#)'aurait pu avoir [shyd](#)'existence autonome sans la future construction des ouvrages (CJCE, arrêt *Commission c/Allemagne* du 29.10.2009, aff. C-536/07, Rec. 2009, p. I-10355, pts 56-63 et 26-29 ; cf *supra* N 80). Dans [shyl](#)'affaire *Club Hotel Loutraki*, un contrat mixte comprenait un premier volet de « vente [shyd](#)'actions » portant sur la cession par [shyl](#)'Etat de 49 % des actions détenues dans un casino à [shyl](#)'adjudicataire, un deuxième volet « services » par lequel [shyl](#)'adjudicataire assumait la gestion de [shyl](#)'entreprise de casino moyennant une rémunération perçue sur le bénéfice [shyd](#)'exploitation, et un troisième volet « travaux » consistant à améliorer les locaux du casino, de [shyl](#)'hôtel adjacent et de [shyl](#)'espace environnant. La Cour a jugé que le contrat mixte constitue un tout indivisible, car il [shys](#)'inscrit dans une opération de privatisation partielle [shyd](#)'un casino et fait [shyl](#)'objet [shyd](#)'un appel [shyd](#)'offres unique, avec la volonté de conclure avec un partenaire unique disposant de la capacité financière et de [shyl](#)'expérience professionnelle en matière [shyd](#)'exploitation de casino un contrat portant sur les trois volets. Ce contrat dans son ensemble [shyn](#)'est pas soumis aux règles sur les marchés publics, car son objet principal est le volet « vente [shyd](#)'actions » : le revenu tiré de la qualité

- [shy](#)d'actionnaire paraît nettement plus important que la rémunération obtenue comme prestataire de services, et il le sera sans limite de temps alors que [shy](#)l'activité de gestion du casino arrivera à échéance après 10 ans (CJCE, arrêt *Club Hotel Loutraki e.a.* du 06.05.2010, aff. jtes C-145/08 et C-149/08, Rec. 2010, p. I-4165, pts 47-62).
- [style-spacing=wide3](#)Lorsqu'un marché passé par un pouvoir adjudicateur fédéral combine **plusieurs services**, en partie soumis et en partie non soumis à la liste exhaustive annexée aux accords internationaux, il convient [shy](#)d'abord de rechercher si ces services sont indissociables, rendant ainsi impossible une scission du marché entre services assujettis et non assujettis, ou si leur combinaison dans un seul et même marché vise à contourner [shy](#)-l'application des règles sur les marchés publics au marché dans son entier. En présence de services indissociables, [shy](#)l'entier du marché sera passé selon les règles applicables au service dont la valeur est prédominante (TAF, arrêt du 27.08.2010, B-3060/2010, c. 4.2-4.6 ; ATAF 2008/48, c. 4.3-4.9 ; CRM, arrêt du 17.03.2004, CRM/003-025, c. 1e ; CJCE, arrêt *Felix Swoboda* du 14.11.2002, aff. C-411/00, Rec. 2002 I, p. 10567, pts 47-58). Cette dernière problématique concerne plutôt les marchés fédéraux, dès lors que [shy](#)l'AIMP et l'art. 5 LMI assujettissent tous les types de services (art. 6 I/c AIMP).

3. Valeur des marchés

L'art. 5 I LMI [shy](#)s'applique à tous les marchés, **indépendamment** de leur **valeur**. Au moment 82 de son adoption, cette disposition visait à étendre la réalisation du marché intérieur suisse à tous les marchés publics, afin [shy](#)d'achever l'œuvre seulement partiellement réalisée par la première version de [shy](#)l'AIMP du 25.11.1994, qui ne visait que les marchés [shy](#)d'une valeur supérieure aux seuils repris de [shy](#)l'AMP (Mess-LMI, p. 1249 ; interventions de J.-M. GROS in : BO CN 1995 p. 1148, V. SPOERRY in : BO CN 1995 p. 1149, E. LEDERGERBER in : BO CN 1995 p. 1151, E. DAVID in : BO CN 1995 p. 1152, R. STRAHM in : BO CN 1995 p. 1153, J.-P. DELAMURAZ in : BO CN 1995 p. 1154 s., BO CE 1995 872 s. ; WEBER, *Binnenmarktgesetz*, p. 170 ; LANG, *Binnenmarkt*, p. 20 et 25 ; ZWALD, *BGBM*, N 107 ; ATF 125 II 86, c. 1c). Depuis la révision du 15 mars 2001 adoptée notamment en vue de concrétiser [shy](#)l'obligation de non-discrimination de [shy](#)l'art. 5 LMI, [shy](#)l'AIMP [shy](#)s'applique à tous les marchés publics, indépendamment de leur valeur. Les valeurs seuils définies à [shy](#)l'art. 7 AIMP et aux Annexes 1-2 AIMP ne déterminent désormais plus le champ [shy](#)d'application de [shy](#)-l'AIMP ; en revanche, les seuils jouent toujours un rôle pour le choix de la procédure de passation applicable dans chaque cas [shy](#)d'espèce, la provenance (exclusivement suisse ou aussi étrangère) des soumissionnaires admis à participer (Message-type AIMP, ad art. 7 et 9 ;

Comco, *Préavis sur le 2^e projet de révision AIMP*, DPC 2000/2, p. 270 ss), ainsi que la recevabilité du recours au niveau cantonal (ATF 131 I 137 et la critique de cette jurisprudence sous LMI 9 N 49 s.) et du recours en matière de droit public au Tribunal fédéral (art. 83/f LTF ; cf. LMI 9). Le mode de calcul de la valeur du marché est traité en relation avec les marchés de grande importance (*infra* N 176-179).

- 83 A titre de comparaison, les règles de passation des **marchés de niveau fédéral** [shys](#) s'étendent à tous les marchés, indépendamment de leur valeur : la LMP [shys](#) s'applique aux marchés [shyd](#) d'un montant supérieur aux seuils de [shyl](#) AMP et les dispositions autonomes du chapitre 3 de [shyl](#) OMP règlent les marchés [shyd](#) d'un montant inférieur à ces seuils (art. 32/a/1 OMP).
- 84 La valeur du marché joue un rôle pour l'**obligation de publication** qui [shyn](#) est statuée, à [shyl](#) art. 5 II LMI, que pour les marchés « de grande importance » (*infra* N 168-180). En outre, le Tribunal fédéral a considéré conforme à [shyl](#) art. 9 LMI [shyl](#) exclusion de tout **recours cantonal** contre un marché public dont la valeur est inférieure aux seuils prévus dans les accords internationaux et qui a été attribué selon la procédure de gré à gré ; sont réservés les cas où la procédure de gré à gré a été utilisée de manière illégale et ceux où les dispositions légales ou la pratique cantonale ont un objet discriminatoire visant à exclure les soumissionnaires extérieurs (ATF 131 I 137).

4. Pouvoirs adjudicateurs visés

- 85 L'art. 5 LMI [shys](#) s'applique aux marchés « des **cantons**, des **communes** et des **autres organes assumant des tâches cantonales et communales** ».
- 86 [style-spacing=narrow2](#) Selon une interprétation systématique de [shyl](#) art. 5 LMI, la formule « des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales et communales » correspond à celle utilisée à [shyl](#) art. 2 II LMI et à [shyl](#) art. 11 I LMI, à la différence toutefois que ces deux dernières dispositions visent plus généralement les « autres organes assumant des [shyt](#) tâches publiques ». La restriction opérée par [shyl](#) art. 5 LMI aux seules « tâches cantonales ou communales » [shys](#) s'explique par la volonté historique du législateur : alors que [shyl](#) avant-projet du Conseil fédéral les y soumettait, les marchés publics passés par des **pouvoirs adjudicateurs de niveau fédéral** ont été **exclus** de [shyl](#) art. 5 LMI suite aux résultats de la procédure de consultation (Mess-LMI, p. 1230 s. et 1234 ; COTTIER/WAGNER, BGBM, p. 1587 ; CLERC, *Marchés*, p. 436 s. ; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, *Beschaffungswesen*, p. 18 ; FETZ, *Beschaffungsrecht*, N 27, p. 488 s. ; [shyd](#) un autre avis isolé, ULRICH, *Öffentliche Aufträge*, p. 156 s.). [shy](#)-L'inapplicabilité de la LMI est justifiée par le principe de la *lex specialis*. Les réglementations

fédérales spéciales en matière de marchés publics prévoient déjà que tous les marchés publics de niveau fédéral doivent être passés dans le respect des principes [shyd](#)'égalité de traitement et de non-discrimination. Pour les marchés publics tombant dans le champ [shyd](#)'application de [shyl](#)'AMP, [shyl](#)'art. 8 I/a LMP prévoit [shyl](#)'égalité de traitement des soumissionnaires suisses et étrangers ainsi que des soumissionnaires [shysuisses](#), respectivement étrangers, entre eux (voir aussi art. 1 II LMP ; Mess-2 GATT, p. 1226 ; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Beschaffungswesen, p. 61). [shyl](#)'égalité de traitement des soumissionnaires suisses entre eux est une réglementation autonome, qui va au-delà de la transposition de [shyl](#)'AMP. Elle fait partie des mesures de revitalisation du marché intérieur (Mess-2 GATT, p. 1218) et est au surplus exigée par [shyl](#)'art. 27 Cst qui prescrit [shyl](#)'égalité de traitement des soumissionnaires domiciliés ou établis en Suisse (AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse II, N 986-989 ; ATF 119 Ia 35, c. 2 ; RHINOW, Art. 31 aCst, N 92-94 et 176-185). Les principes prévus à [shyl](#)'art. 8 LMP sont étendus par [shyl](#)'art. 2 III, 3 LMP aux autres marchés fédéraux non soumis à [shyl](#)'AMP et réglés de manière autonome par le chapitre 3 de [shyl](#)'OMP. De surcroît, la relation de spécialité entre les art. 2 et 5 LMI (*supra* N 3) implique que, dès lors que [shyl](#)'accès aux marchés publics [shyl](#)fédéraux [shyn](#)'est pas garanti par [shyl](#)'art. 5 LMI, il ne peut pas non plus être déduit de la règle générale de [shyl](#)'art. 2 LMI.

a) Cantons et communes

Par « **cantons** » (« *Kantone* » ; « *Cantoni* » ; « *cantons* ») et « **communes** » (« *Gemeinden* » ; 87 « *Comuni* » ; « *local authorities* »), on entend les autorités publiques et [shyl](#)'administration cantonale, respectivement communale. Depuis la révision de [shyl](#)'AIMP de 2001, le champ [shyd](#)'application de [shyl](#)'accord intercantonal et de [shyl](#)'art. 5 LMI sont expressément harmonisés en ce qui concerne les cantons et les communes. La controverse sur [shyl](#)'assujettissement des communes à [shyl](#)'AIMP dans sa version initiale de 1994 est ainsi résolue (Message-type AIMP, ad art. 1, p. 13). La formulation de [shyl](#)'ex-art. 8 I/b AIMP (version initiale 1994) suggérait un assujettissement obligatoire des communes, mais sujet à une réserve de réciprocité ; elle ne correspondait pas à la volonté des auteurs de [shyl](#)'AIMP qui avaient voulu un assujettissement optionnel des communes au libre choix des cantons (interventions de R. STRAHM in : BO CN 1995 p. 1153 s. et J.-P. DELAMURAZ in : BO CN 1995 p. 1154 s. ; BO CE 1995 p. 872 s. ; WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 170 ; CLERC, Marchés, p. 423 ; LANG, Binnenmarkt, p. 22). Au surplus, une réserve de réciprocité violait [shyl](#)'art. 5 LMI (COTTIER/MERKT, Beschaffungswesen, p. 68 s. ; sur une disposition correspondante dans le projet de loi neuchâteloise sur les marchés publics, DPC 1998/2, p. 336, ch. 11-15 ; sur le projet

de révision de [shyl](#)'AIMP du 25. 03. 1998, DPC 1998/2, p. 329, ch. 9-12). Sans examiner spécifiquement cette question, le Tribunal fédéral a admis un assujettissement général des communes au titre de [shyl](#)'ex-art. 8 I/b AIMP (ATF 125 II 86, c. 1d). [shyl](#)'art. 8 I/a AIMP dans sa version actuelle (révisée en 2001) a codifié la jurisprudence, a assuré la conformité avec [shyl](#)'art. 5 LMI et a transposé [shyl](#)'Accord MP par lequel la Suisse [shys](#)'était engagée à soumettre les marchés communaux à [shyl](#)'AMP (*supra* N 28 et 31). Les autorités publiques au niveau des **districts** sont implicitement aussi visées par [shyl](#)'art 5 LMI, dès lors que celui-ci assujettit le niveau supérieur (canton) et inférieur (commune). De plus, dès lors que les marchés publics des districts ont été soumis à [shyl](#)'AMP (annexe 2 de [shyl](#)'Appendice I) en exécution de [shyl](#)'art. 2 de [shyl](#)'Accord MP, [shyl](#)'absence [shyd](#)'ouverture interne de ces marchés constituerait une discrimination à rebours prohibée par [shyl](#)'art. 6 I LMI.

88 [style-top=5.2pt](#)Les **groupements** formés de plusieurs collectivités publiques ou autorités cantonales et/ou communales et/ou [shyd](#)'autres organes assumant des tâches publiques cantonales ou communales sont, à notre sens, soumis tant à [shyl](#)'art. 5 LMI [shy](#)qu'à [shyl](#)'art. 8 AIMP, même [shys](#)'ils [shyn](#)'y sont pas expressément mentionnés. Premièrement, [shyl](#)'Annexe 2 à [shyl](#)'AMP [shys](#)'applique aux « autorités publiques cantonales, aux organismes de droit public établis au niveau cantonal [shyn](#)'ayant pas un caractère commercial ou industriel, et aux autorités et organismes publics du niveau des districts et des communes ». Les pouvoirs publics sont définis dans la première note de bas de page de [shyl](#)'Annexe 3 à [shyl](#)'AMP comme comprenant notamment « les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités [territoriales] ou de ces organismes de droit public ». Compte tenu de [shyl](#)'interdiction [shyd](#)'d'une discrimination à rebours prévue à [shyl](#)'art. 6 I LMI, les marchés publics passés par de tels groupements ne peuvent être ouverts aux seuls soumissionnaires des Etats parties à [shyl](#)'AMP, tout en restant fermés aux soumissionnaires établis en Suisse. Ces groupements sont ainsi indirectement soumis au respect de [shyl](#)'art. 5 LMI. Deuxièmement, même si de tels groupements ne sont pas mentionnés dans [shyl](#)'art. 8 I/a AIMP, ils sont en tous cas inclus par la formule générale de [shyl](#)'art. 8 I/d AIMP qui vise « les autres adjudicateurs selon les traités internationaux en vigueur ». Au surplus, la règle de conflit de [shyl](#)'art. 8 III AIMP, qui désigne le droit applicable en cas de marché passé par plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou par une organisation commune, serait dépourvu de toute portée si de tels groupements [shyn](#)'étaient pas assujettis. Troisièmement, le droit des marchés publics serait éludé [shys](#)'il suffisait aux pouvoirs adjudicateurs de former entre eux un groupement pour que le marché passé par un tel groupement échappe à tout assujettissement. Dès lors que les pouvoirs adjudicateurs soumis aux accords internationaux sont définis de manière fonctionnelle, le terme d'« association » devrait comprendre tout groupement, quelle que soit sa forme juridique ou sa nature (de droit

public ou de droit privé), sous peine de fraude à la loi. Les définitions figurant dans [shy](#)-l'Annexe 3 à [shyl](#)'AMP déposées par la Suisse prévoient ainsi un assujettissement tant des « associations », qui sont incluses dans la définition des « pouvoirs publics », que des « organismes publics » dotés [shyd](#)'une personnalité juridique, que celle-ci soit de droit public ou de droit privé (*contra* TA GE, SJ 2008, p. 33 qui refuse [shyl](#)'assujettissement à [shyl](#)'AIMP du partenariat romand pour les achats informatiques ; voir aussi la note critique de F. BELLANGER, SJ 2008, p. 42 ss ; dans ce sens également, POLTIER, Pouvoirs adjudicateurs, p. 1116). Quatrièmement, dès lors que [shyl](#)'assujettissement de tels groupements découle de [shyl](#)'AMP pour les marchés soumis aux accords internationaux, il [shys](#)'étend également aux marchés publics non soumis à ces accords (les « marchés internes »), du fait de [shyl](#)'extension prévue par la formule « en outre » utilisée à [shyl](#)'art. 8 II *i.i.* AIMP. Cinquièmement, lorsqu'un partenariat public-public revêt une forme institutionnalisée, [shyc](#)'est-à-[shyd](#)dire [shyq](#)'il prend la forme juridique [shyd](#)'une association ou [shyd](#)'une autre personne morale, il remplit le plus souvent les conditions [shyd](#)'un « organisme de droit public » assujetti aux Annexes 2 et 3 à [shyl](#)'AMP. Lorsque le groupement de collectivités publiques repose uniquement sur une base contractuelle, il constitue une simple addition de pouvoirs adjudicateurs, eux-mêmes tous assujettis.

b) Organes assumant des tâches cantonales et communales

[style-vj=1](#)La détermination des « organes assumant des tâches cantonales et communales » 89 (*« andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben »*; *« altri enti preposti a compiti cantonali o comunali »*; *« other authorities responsible for cantonal or local functions »*), *i. e.* des « organes assumant des tâches publiques » (art. 2 II LMI et 11 I LMI) et qui relèvent de la compétence des cantons ou des communes, doit être effectuée de cas en cas. Il [shys](#)'agit [shyd](#)'un concept éminemment indéterminé (ZWALD, BGBM, p. 441, N 117 ; POLTIER, Pouvoirs adjudicateurs, p. 1117 ; STÖCKLI, Geltungsbereich, p. 58). La détermination est [shyd](#)'abord le fait des législations cantonales et communales, puis celui de la jurisprudence. Il importe peu que [shyl](#)'organisme en cause revête une forme de droit public ou de droit privé (ZWALD, BGBM, N 118 ; POLTIER, Pouvoirs adjudicateurs, p. 1117 ; Message-type AIMP, ad art. 8, p. 20 ; ZWALD, BGBM, p. 441, N 118). La définition des pouvoirs adjudicateurs assujettis aux règles internationales, fédérales, intercantionales et cantonales sur les marchés publics peut fournir des éléments [shyd](#)'interprétation utiles de la notion d'« organes assumant des tâches publiques, cantonales ou communales », car [shyl](#)'art. 5 LMI régit aussi les marchés publics et a été adopté simultanément à ces règles. En raison de [shyl](#)'interdiction de discrimination à

reOURS de [shyl](#) art. 6 I LMI, la notion recouvre en tous cas les **pouvoirs adjudicateurs soumis aux accords internationaux** conclus par la Suisse, à savoir les « organismes de droit public » (*infra* N 93-104), les entreprises publiques ainsi que les « entités privées titulaires de droit spéciaux ou exclusifs » (*infra* N 105-107), selon la terminologie utilisée par [shyl](#) AMP, [shyl](#) l'Accord MP et la Convention AELE. Cette terminologie ayant son origine dans les directives de [shyl](#) UE en matière de marchés publics, la jurisprudence de la CJUE précisant la délimitation de ces différents termes peut servir [shyd](#) aide à [shyl](#) interprétation (BIAGGINI, Abkommen, p. 719 ss ; ZWALD, BGBM, p. 441, N 119 ; POLTIER, Pouvoirs adjudicateurs, p. 1110). En vue de donner plein effet aux directives en matière de marchés publics, la notion de pouvoir adjudicateur doit recevoir une **interprétation fonctionnelle**. La coordination des procédures de passation de marchés publics vise à supprimer les entraves à la libre circulation des marchandises et des services, et donc à protéger les intérêts des opérateurs économiques établis dans un autre Etat membre contre le risque [shyqu](#)'une préférence soit donnée aux soumissionnaires nationaux et contre la possibilité [shyqu](#)'un pouvoir adjudicateur se laisse guider par des considérations autres [shyqu](#)'économiques, et à assurer ainsi [shyl](#) ouverture à la concurrence non faussée et la plus large possible dans les Etats membres. Ces buts, identiques à ceux poursuivis dans le marché intérieur suisse par l'art. 5 LMI, seraient compromis si [shyl](#) application des règles sur les marchés publics devait être exclue du seul fait [shyqu](#)'un marché est passé par un organisme qui, tout en ayant été créé pour exécuter des tâches publiques, [shyl](#) n'est pas formellement intégré à [shyl](#) administration de [shyl](#) Etat (dans le cas [shyd](#)'une commission locale de remembrement, voir CJCE, arrêt *Beentjes* du 20.09.1998, aff. 31/87, Rec. 1988, p. 4635, pt 11 ; arrêt *Commission c/Irlande* du 17.12.1996, aff. C-353/96, Rec. 1998, p. I-8565, pt 36 ; arrêt *BFI Holding* du 10.11.1998, aff. C-360/96, Rec. 1998, p. I-6821, pt 62 ; arrêt *Commission/France* du 01.02.2001, aff. C-237/99, Rec. 2001, p. I-939, pts 41-43 ; arrêt *Commission/Espagne* du 16.10.2003, aff. C-283/00, Rec. 2003, p. I-11697, pt 73 ; arrêt *Commission/Espagne* du 13.01.2005, aff. C-84/03, Rec. 2005, p. I-139, pt 27 ; arrêt *Bayerischer Rundfunk* du 13.12.2007, aff. C-337/06, Rec. 2007, p. I-11173, pt 36-39 ; *infra* N 94). En conclusion, les pouvoirs adjudicateurs qui entrent dans le champ [shyd](#) application des accords internationaux en matière de marchés publics conclus par la Suisse et qui relèvent sur le plan interne de la compétence des cantons ou communes, sont également soumis à [shyl](#) art. 5 LMI, que ce soit directement sur la base du texte même de cette disposition ou indirectement en raison de [shyl](#) interdiction de discrimination à rebours de [shyl](#) art. 6 I LMI. Ils sont aussi tous assujettis à [shyl](#) AIMP, soit pour les marchés « internationaux » en raison de leur type et de leur valeur sur la base de [shyl](#) art. 8 I AIMP (et en particulier [shyl](#) art. 8 I/d AIMP), soit pour les marchés « internes » en raison de la formule « en outre » de [shyl](#) art. 8 II

AIMP qui implique un renvoi et une adjonction par rapport aux pouvoirs adjudicateurs de [shy](#)-l'art. 8 I AIMP (POLTIER, Pouvoirs adjudicateurs, p. 1116).

[style-vj=1](#) Est en revanche controversée la question de savoir si la formule « **organes assumant des tâches cantonales et communales** » implique que [shy](#)-l'art. 5 LMI assujettit, pour les **marchés « internes »**, [shy](#)-d'autres pouvoirs adjudicateurs qui ne sont visés ni par les accords internationaux, ni par [shy](#)-l'art. 8 AIMP. En pratique, la question concerne les entités qui ne sont pas des « organismes de droit public » au sens de la définition retenue par les accords internationaux (en particulier les Annexes 2 et 3 à [shy](#)-l'AMP), elle-même reprise des directives de [shy](#)-l'Union européenne en matière de marchés publics, soit parce que [shy](#)-l'entité en cause [shy](#)-n'est pas dominée par des pouvoirs publics de niveau cantonal ou communal, soit – surtout – parce que cette entité exerce une activité [shy](#)-d'intérêt général ayant un caractère industriel ou commercial (sur la définition de [shy](#)-l'organisme de droit public, voir *infra* N 93-104). Il [shy](#)-s'agit en [shy](#)-d'autres termes de déterminer la conformité à [shy](#)-l'art. 5 LMI de la règle de [shy](#)-l'art. 8 II/a *i.f.* AIMP qui exclut de [shy](#)-l'assujettissement les **activités à caractère commercial ou industriel** (Message-type AIMP, ad art. 8, p. 19-20 dont il ressort clairement que [shy](#)-l'assujettissement des entités exerçant une tâche publique est identique, que le marché soit ou non soumis aux accords internationaux ; [shy](#)-d'un avis différent, STÖCKLI, Geltungsbereich, p. 58 s.). Ne sont pas concernées par cette controverse les entités actives dans les secteurs EETT, car les accords internationaux conclus par la Suisse incluent dans leur champ [shy](#)-d'application les « entreprises publiques » dont [shy](#)-l'activité peut aussi avoir un caractère industriel ou commercial, et les « entités privées » titulaires [shy](#)-d'un droit spécial ou exclusif. Les marchés – même purement internes en raison de leur type ou de leur valeur – passés par ces entités EETT sont soumis à [shy](#)-l'AMP par le jeu combiné de [shy](#)-l'art. 8 I AIMP auquel renvoie [shy](#)-l'art. 8 II AIMP avec la formule « en outre » (POLTIER, Pouvoirs adjudicateurs, p. 1116). La question de savoir si des « organes assumant des tâches cantonales et communales de nature industrielle ou commerciale » sont visés par [shy](#)-l'art. 5 LMI concerne notamment les banques cantonales, les assurances cantonales des bâtiments, les caisses de pension publiques ou les entités organisant des foires et expositions (LANG, Binnenmarkt, p. 23 ; Comco, *Préavis sur le projet de révision AIMP*, DPC 1998/2, p. 329, ch. 7). La même question se pose pour une société privée, dont les actions sont majoritairement détenues par une collectivité publique, et qui exploite une maison de jeu (MALFANTI, Due esempi, p. 101). [shy](#)-L'organisation [shy](#)-d'une exposition nationale par [shy](#)-l'association Expo.02 a été implicitement considérée comme satisfaisant un besoin [shy](#)-d'intérêt général ayant un caractère autre [shy](#)-qu'industriel ou commercial, ce qui justifiait [shy](#)-l'assujettissement de cette association sise à Neuchâtel au droit

neuchâtelois des marchés publics (TA NE, RDAF 1998, p. 297, c. 1b). On distingue dans la doctrine et la pratique deux approches (*infra* N 91 s.).

- 91 [style-vj=1](#) Selon une **interprétation large**, soutenue initialement par la Comco, [shyl](#)'art. 5 LMI [shys](#)'applique à toute entité soumise au droit cantonal ou communal et exerçant une tâche publique, que celle-ci revête ou non un caractère industriel ou commercial. Au vu de la primauté du droit fédéral sur le droit intercantonal, [shyl](#)'art. 8 II/a AIMP serait contraire à [shyl](#)'art. 5 LMI. Dans la mesure où [shyl](#)'art. 8 II/a AIMP peut être comparé à la clause [shyd](#)'d'exemption prévue par [shyl](#)'art. 3 § 5 Accord MP, la Comco a invité les cantons à instituer une procédure [shyd](#)'d'exemption dans [shyl](#)'AIMP et à la consulter préalablement dans chaque cas de non-application de [shyl](#)'AIMP à une entité exerçant une activité de caractère industriel ou commercial (Comco, *Préavis sur le projet de révision AIMP du 25 mars 1998*, DPC 1998/2, p. 329, ch. 7 ; *Clause shyd'exemption et loi sur le marché intérieur [LMI]*, DPC 2001/3, p. 618, ch. 13 ; cf. O. SCHALLER, *Clause shyd'exemption et LMI*, in : DC 4/2001, p. 151 ; ZWALD, BGBM, p. 442, N 121). Le préavis de la Comco [shyn](#)'a pas été suivi [shyd](#)'effet, car la procédure [shyd](#)'d'exemption instituée par [shyl](#)'AIMP est réservée aux seuls pouvoirs adjudicateurs assujettis par [shyl](#)'Accord MP (art. 4 II/c^{bis} AIMP ; art. 1 et 2 II *i.f.* Ordonnance du 18 juillet 2002 du DETEC sur [shyl](#)'exemption du droit des marchés publics, RS 172.056.111 ; Message-type AIMP, p. 10 s.). Conséquence de cette divergence [shyd](#)'d'interprétation, les cantons considèrent que les banques cantonales, du fait du caractère commercial de leur activité, ne sont soumises ni à [shyl](#)'art. 5 LMI, ni à [shyl](#)'AIMP (Message-type AIMP, ad art. 8, p. 19), alors que la Comco considère que les banques cantonales devraient être assujetties à [shyl](#)'art. 5 LMI pour leurs tâches publiques (Comco, *Préavis sur le projet de révision AIMP du 25 mars 1998*, DPC 1998/2, p. 329, ch. 7). [shyl](#)'opinion du Secrétariat de la Comco paraît avoir évolué, dans la mesure où aucune objection [shyn](#)'a été soulevée au titre de [shyl](#)'art. 5 LMI à [shyl](#)'encontre du règlement genevois qui exempte les caisses publiques de pension [shyd](#)'un assujettissement aux règles sur les marchés publics lorsque ces caisses effectuent des investissements immobiliers. [shyl](#)'exemption était motivée par le fait [shy](#)qu'il [shys](#)'agissait [shyd](#)'une activité commerciale pour laquelle les caisses de pension publiques et privées sont en concurrence directe (Secrétariat Comco, DPC 2005/4, p. 605, *Clauses shyd'architecte ou shyd'entrepreneur – Caisses de pension – Canton de Genève*, ch. 3, 4, 10-15).
- 92 [style-vj=1](#) Selon une **interprétation plus étroite et eurocompatible**, il convient [shyd](#)'analyser les [shy](#)« tâches publiques » de [shyl](#)'art. 5 LMI à la lumière des objectifs de la loi, qui vise à réaliser le marché intérieur suisse en prenant pour modèle le marché intérieur de [shyl](#)'UE (Mess-LMI, p. 1216 s.). Les directives UE en matière de marchés publics [shys](#)'appliquent, outre aux pouvoirs publics, aux « organismes de droit public », [shyc](#)'est-à-[shyd](#)ire aux entités

exerçant des [shy](#)« tâches visant à satisfaire spécifiquement des besoins [shyd](#)’intérêt général ayant un caractère autre [shyqu](#)’industriel ou commercial ». Ce [shyn](#)’est que dans les secteurs que les directives européennes [shys](#)’appliquent plus largement et incluent les « entreprises publiques » dont [shyl](#)’activité peut aussi avoir un caractère industriel ou commercial, ainsi que les « entités non dominées par des pouvoirs publics » mais titulaires [shyd](#)’un droit spécial ou exclusif. Selon cette interprétation eurocompatible, [shyl](#)’art. 5 LMI [shys](#)’applique, [shyd](#)’une part et généralement, à tous les organes de niveau cantonal ou communal qui assument des tâches [shyd](#)’intérêt général ayant un caractère autre [shyqu](#)’industriel ou commercial, [shyd](#)’autre part et spécifiquement, aux entités qui exercent des tâches publiques ayant un caractère industriel et commercial dans les seuls secteurs EETT. [shyl](#)’art. 8 II AIMP suit implicitement cette interprétation eurocompatible. Les réglementations cantonales en matière de marchés publics reprennent généralement [shyl](#)’art. 8 II/a AIMP et excluent les entités de niveau cantonal ou communal qui exercent des tâches publiques de nature industrielle ou commerciale (POLTIER, Pouvoirs adjudicateurs, p. 1119). La portée exacte de [shyl](#)’exclusion reste toutefois confuse. Selon une première approche eurocompatible, le caractère industriel ou commercial vise le but statutaire ou [shyl](#)’activité principale de [shyl](#)’entité, et résulte en une exemption générale du droit des marchés publics en faveur de [shyl](#)’entité elle-même. Selon une seconde approche plus différenciée, [shyl](#)’entité reste en principe soumise au droit des marchés publics et [shyn](#)’en est exemptée que pour une partie de ses tâches, à savoir celles qui revêtent un caractère industriel ou commercial (POLTIER, Pouvoirs adjudicateurs, p. 1118 s. et les exemples de réglementations cantonales citées ; sur la théorie de la contagion adoptée par la première approche eurocompatible, cf *infra* N 99). La jurisprudence du Tribunal fédéral [shys](#)’oriente plutôt vers une interprétation restrictive eurocompatible, qui [shyn](#)’assujettit à [shyl](#)’art. 5 LMI que les tâches [shyd](#)’intérêt général ayant un caractère autre [shyqu](#)’industriel ou commercial. Le Tribunal fédéral a jugé que la foire suisse de Bâle, organisée sous la forme [shyd](#)’une société [shyd](#)’économie mixte selon [shyl](#)’art. 762 CO, [shyn](#)’est pas un « organe assumant des tâches cantonales ou communales », et [shyn](#)’est en conséquence pas assujettie à [shyl](#)’art. 5 LMI (ATF 126 I 250, c. 2d/bb : « *dazu kommt, dass die Schweizer Mustermesse AG wohl auch nicht als Trägerin öffentlicher Aufgaben im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BGBM anzusehen ist* »). La jurisprudence du TF rejoint celle de la Cour de justice de [shyl](#)’UE, qui a considéré [shyqu](#)’une entité ayant pour activité [shyl](#)’organisation de foires, expositions et congrès [shyn](#)’est pas un pouvoir adjudicateur, même si elle satisfait un besoin [shyd](#)’intérêt général en réunissant en un même lieu fabricants, commerçants et consommateurs, en fournissant un espace de promotion pour les produits et en procurant une information aux consommateurs. En effet, une foire constitue une activité répondant à un besoin commercial des commerçants et des

consommateurs, qui est gérée selon des critères de rendement, [shyd](#)’efficacité et de rentabilité (même en [shyl](#)’absence [shyd](#)’un but lucratif), qui supporte elle-même le risque financier de ses activités et qui opère dans un environnement concurrentiel (CJCE, arrêt *Agorà et Excelsior* du 10.05.2001, aff. jtes C-223/99 et C-260/99, Rec. 2001, p. I-3605, pts 33-43 ; en droit allemand, voir LIENEMEYER, Auftraggeber, p. 448 ss). Même si la formule utilisée par le Tribunal fédéral va dans le sens retenu par [shyl](#)’art. 8 II/a AIMP, sa brièveté laisse subsister une incertitude quant aux critères permettant de distinguer ce qui constituerait une « tâche publique cantonale ou communale ». A notre sens, la nécessité [shyd](#)’une interprétation harmonisée de [shyl](#)’art. 5 LMI sur tout le territoire suisse milite en faveur [shyd](#)’une reprise du faisceau [shyd](#)’indices utilisé par la CJUE pour délimiter les besoins [shyd](#)’intérêt général ayant un caractère autre [shy](#)qu’industriel ou commercial (POLTIER, Pouvoirs adjudicateurs, p. 1123 et 1117 *i.f.*; *infra* N 93-104).

c) Organismes de droit public

- 93 La notion d’« organes assumant des tâches cantonales et communales », selon [shyl](#)’art. 5 LMI, recouvre en tout cas celle d’« **organisme de droit public** » au sens des annexes 2 [style-break=justify](#) et 3 à [shyl](#)’AMP, [shyc](#)’est-à-[shy](#)dire « un organisme
- créé pour satisfaire spécifiquement des besoins [shyd](#)’intérêt général ayant un caractère [shy](#)-autre [shy](#)qu’industriel ou commercial,
 - doté de la personnalité juridique et
 - dont soit [shyl](#)’activité est financée majoritairement par [shyl](#)’Etat, les collectivités territoriales ou [shyd](#)’autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit [shyl](#)’organe [shyd](#)’administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par [shyl](#)’Etat, les collectivités territoriales ou [shyd](#)’autres organismes de droit public ».
- 94 La **définition** de [shyl](#)’organisme de droit public **figurant à [shyl](#)’annexe 3 à [shyl](#)’AMP** ayant été reprise des directives UE, il convient de se reporter au droit de [shyl](#)’Union pour [shy](#)-l’interprétation de cette notion (art. 1 § 9 Directive classique 2004/18 ; art. 2 § 1 pt a Directive secteurs 2004/17). Afin de donner plein effet aux objectifs poursuivis par les directives en matière de marchés publics, la notion de pouvoir adjudicateur, y compris celle [shyd](#)’organisme de droit public, doit recevoir une **interprétation fonctionnelle** (CJCE, arrêt *Beentjes* du 20.09.1988, aff. 31/87, Rec. 1988, p. 4635, pt 11 ; et les arrêts cités *supra* N 89). La notion [shyd](#)’organisme de droit public doit être comprise dans un **sens large** (CJCE, arrêt *Adolf Truley*

du 27.02.2003, aff. C-373/00, Rec. 2003, p. I-1931, pt 43 ; arrêt *Commission/Espagne* du 16.10.2003, aff. C-283/00, Rec. 2003, p. I-11697, pt 73). **Les trois conditions énoncées par cette définition sont cumulatives** (CJCE, arrêt *Mannesmann Anlagenbau* du 15.01.1998, aff. C-44/96, Rec. 1998, p. I-73, pt 21 ; arrêt *Ing. Aigner* du 10.4.2008, aff. C-393/06, Rec. 2008, p. I-2339, pt 36). Elles sont développées ci-après (*infra* N 95 ss).

[style-top=5.2pt](#)La première condition relative au « **but spécifique de satisfaction de besoins** **shyd'intérêt général ayant un caractère autre shyqu'industriel ou commercial** » est une notion tirée des directives européennes en matière de marchés publics. Elle a fait [shyl'](#)objet de nombreuses interprétations jurisprudentielles et doctrinales. [shyS'](#)agissant, en premier lieu, de la notion d'« **intérêt général** », sont déterminants [shyl'](#)objectif de la création de [shyl'](#)entité en question et la nature des besoins satisfaits. Il importe [shyqu'](#)il [shys'](#)agisse de besoins que, pour des raisons liées à [shyl'](#)intérêt général, [shyl'](#)Etat ou une collectivité territoriale choisissent en général de satisfaire eux-mêmes ou à [shyl'](#)égard desquels ils entendent conserver une influence déterminante. Il [shyn'](#)est pas déterminant à cet égard que de tels besoins soient également satisfaits ou puissent [shyl'](#)être par des entreprises privées, étant donné [shyqu'](#)il est difficilement concevable que des activités ne puissent en aucun cas être exercées par des entreprises privées. Le fait que [shyl'](#)activité en cause soit susceptible de se prêter au jeu de la concurrence ou [shyqu'](#)une concurrence existe sur le marché ne suffit pas pour exclure la possibilité [shyqu'](#)un organisme financé ou contrôlé par [shyl'](#)Etat, une collectivité publique ou un autre organisme de droit public se laisse guider par des considérations autres [shyqu'](#)économiques dans la passation de ses marchés, par exemple [shyqu'](#)il puisse être conduit à subir des pertes financières afin de poursuivre une certaine politique [shyd'](#)achat de [shyl'](#)entité dont il dépend étroitement (CJCE, arrêt *Ing. Aigner* du 10.4.2008, aff. C-393/06, Rec. 2008, p. I-2339, pts 39 s. ; arrêt *Korhonen e.a.* du 22.05.2003, aff. C-18/01, Rec. 2003, p. I-5321, pt 47 ; arrêt *BFI Holding* du 10.11.1998, aff. C-360/96, Rec. 1998, p. I-6821, pts 42-44, 47, 51 ; arrêt *Agorà et Excelsior* du 10.05.2001, aff. jtes C-223/99 et C-260/99, Rec. 2001, p. I-3605, pts 37 s. ; arrêt *Adolf Truley* du 27.02.2003, aff. C-373/00, Rec. 2003, p. I-1931, pts 50-57). La doctrine exige une activité qui bénéficie directement à la société (locale ou nationale) dans son intérêt collectif, par opposition à [shyl'](#)intérêt propre et exclusif [shyd'](#)un individu ou [shyd'](#)un groupement de personnes bien déterminé (VALADOU, Pouvoir adjudicateur, p. 33 ss). En second lieu, le législateur de [shyl'](#)UE a créé une sous-catégorie à [shyl'](#)intérieur de la catégorie des besoins [shyd'](#)intérêt général, celle des besoins qui ont un caractère autre [shyqu'](#)industriel ou commercial (CJCE, arrêt *BFI Holding* du 10.11.1998, aff. C-360/96, Rec. 1998, p. I-6821, pts 32-36). Aux fins de définir si les besoins satisfaits par [shyl'](#)entité en cause ont un « caractère autre [shyqu'](#)industriel ou commercial », il convient de prendre en compte [shyl'](#)ensemble des

éléments juridiques et factuels pertinents, tels que les circonstances ayant présidé à la création de l'organisme concerné et les conditions dans lesquelles il exerce son activité. La CJUE a dégagé à cet effet un faisceau d'indices. La forme juridique des dispositions créant l'organisme et spécifiant les besoins qu'il doit satisfaire importe peu ; il n'est en particulier pas nécessaire qu'il s'agisse de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées. Il n'est pas non plus nécessaire que ces besoins d'intérêt général soient exprimés dans les statuts de l'organisme ; un contrat (même conclu ultérieurement à la création de l'organisme) peut suffire, pour autant que la prise en charge de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial puisse être objectivement constatée (CJCE, arrêt *BFI Holding BV* du 10.11.1998, aff. C-360/96, Rec. 1998, p. I-6821, pts 59-63 ; arrêt *Universale-Bau e.a.* du 12.12.2002, aff. C-470/99, Rec. 2002, p. I-11617, pts 60-62). Il importe de vérifier que l'entité n'a pas pour objectif principal la recherche d'un but lucratif, sans pour autant qu'il soit exclu que son activité exercée puisse engendrer des bénéfices distribués sous forme de dividendes aux actionnaires de ladite entité. Pour ce qui est de l'environnement économique dans lequel l'entité exerce ses activités, il convient de prendre en considération notamment l'absence de concurrence sur le marché pertinent, l'absence de prise en charge des risques liés à cette activité ainsi que le financement public éventuel de son activité en cause. Les activités ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial échappent ainsi, en tout ou en partie, à la logique du marché. À l'inverse, des besoins d'intérêt général à caractère industriel ou commercial sont généralement satisfaits par l'offre de biens ou de services sur le marché. Si l'entité opère dans des conditions normales de marché, en situation de concurrence développée, qu'elle poursuit un but lucratif, détermine sa stratégie industrielle et commerciale en tenant compte, notamment, des exigences de rentabilité, et qu'elle supporte les pertes liées à son exercice de son activité, il est probable que les besoins qu'elle vise à satisfaire soient d'une nature industrielle ou commerciale (CJCE, arrêt *Ing. Aigner* du 10.4.2008, aff. C-393/06, Rec. 2008, p. I-2339, pts 41-46 ; arrêt *Korhonen e.a.* du 22.05.2003, aff. C-18/01, Rec. 2003, p. I-5321, pts 47-56 ; arrêt *BFI Holding* du 10.11.1998, aff. C-360/96, Rec. 1998, p. I-6821, pts 47-49 ; arrêt *Commission/Espagne* du 16.10.2003, aff. C-283/00, Rec. 2003, p. I-11697, pts 78-82 ; arrêt *Agorà et Excelsior* du 10.05.2001, aff. jtes C-223/99 et C-260/99, Rec. 2001, p. I-3605, pts 29-32, 37-43 ; arrêt *Adolf Truley* du 27.02.2003, aff. C-373/00, Rec. 2003, p. I-1931, pts 58-66 ; arrêt *Mannesmann Anlagenbau* du 15.01.1998, aff. C-44/96, Rec. 1998, p. I-73, pts 22-24). Ainsi, l'absence de concurrence n'est pas une condition nécessaire aux fins de la détermination d'un besoin d'intérêt général, en ce sens qu'il n'est pas exclu que des entreprises privées satisfassent ou puissent satisfaire

les mêmes besoins que [shyl](#)'entité concernée. Toutefois, [shyl](#)'existence [shyd](#)'une concurrence développée sur le marché peut être un indice au soutien du fait [shyqu](#)'il ne [shys](#)'agit pas [shy](#)-d'un intérêt général ayant un caractère autre [shyqu](#)'industriel ou commercial (CJCE, arrêt *BFI Holding* du 10.11.1998, aff. C-360/96, Rec. 1998, p. I-6821, pts 47-49).

L'**énumération** des organismes de droit public contenue à [shyl](#)'annexe III de la Directive 96 classique 2004/18 ou dans les annexes I à X de la Directive secteurs 2004/17 ne revêt nullement un caractère exhaustif, son degré de précision variant considérablement [shyd](#)'un Etat membre à [shyl](#)'autre (art. 1 § 9 III Directive classique 2004/18 ; art. 8 Directive secteurs 2004/17). Si un organisme donné ne figure pas dans ladite liste, il y a lieu de vérifier, dans chaque cas [shy](#)-d'espèce, la situation juridique et factuelle de cet organisme afin [shyd](#)'examiner [shys](#)'il satisfait ou non aux conditions [shyd](#)'un organisme de droit public (CJCE, arrêt *Adolf Truley* du 27.02.2003, aff. C-373/00, Rec. 2003, p. I-1931, pt 44 ; arrêt *Commission/Espagne* du 16.10.2003, aff. C-283/00, Rec. 2003, p. I-11697, pt 77). La liste annexée aux direc[shy](#)tives de [shyl](#)'Union européenne permet toutefois [shyd](#)'illustrer [shyl](#)'étendue des organismes de droit public, de sorte [shyqu](#)'il est utile de [shys](#)'y référer (CJCE, arrêt *Agorà et Excelsior* du 10.05.2001, aff. jtes C-223/99 et C-260/99, Rec. 2001, p. I-3605, pt 36 ; arrêt *BFI Holding* du 10.11.1998, aff. C-360/96, Rec. 1998, p. I-6821, pt 50). A [shyl](#)'inverse, [shyl](#)'inscription [shy](#)-d'une entité sur une de ces listes ne constitue pas une condition suffisante ou une présomption irréfragable aux fins de la qualification de [shyl](#)'entité comme organisme de droit public. Cas échéant, il incombe au juge de vérifier si [shyl](#)'inscription [shyd](#)'une entité sur la liste traduit une application correcte des critères de fond définissant [shyl](#)'organisme de droit public (CJCE, arrêt *Hans & Christophorus Oymanns* du 11.06.2009, aff. C-300/07, Rec. 2009, p. I-4779, pts 45 s.).

[style-top=5.2pt](#)A notre avis, la délimitation des « organismes créés pour satisfaire des besoins 97 [shyd](#)'intérêt général ayant un caractère autre [shyqu](#)'industriel ou commercial » peut aussi être déduite, *a contrario*, de la notion d'« **entreprises chargées de la gestion de services [shy](#)-d'intérêt économique général** » des art. 14 et 106 § 2 TFUE. Selon la Cour de justice et la Commission européenne, cette dernière notion désigne en effet les services publics de nature industrielle et commerciale. Tel est en particulier le cas des services fournis par les grandes industries de réseau comme le transport, les services postaux, [shyl](#)'énergie et les communications, mais aussi les autres activités économiques que les Etats membres ou [shy](#)-l'UE sou[shy](#)mettent à des obligations spécifiques de service public en vertu [shyd](#)'un critère [shyd](#)'intérêt général (COMMISSION EUROPÉENNE, Livre blanc sur les services [shyd](#)'intérêt général, COM[2004] 374, du 12.5.2004, p. 23 ; Communication de la Commission sur les services [shyd](#)'intérêt général en Europe, COM[2000] 580, JO 2001 C 17/4, pts 28-30 ; cf. LCart 7). Inversement, la nature « économique (industrielle/commerciale)» de services [shyd](#)'intérêt

général est niée pour les activités qui relèvent de la puissance publique au sens de [shyl](#) art. 51 TFUE ; en particulier, la sécurité intérieure et extérieure (police et armée), [shyl](#) administration de la justice, la conduite des relations extérieures (diplomatie) ne sont pas de nature économique. Un organisme chargé de contrôler [shyl](#) espace aérien (CJCE, arrêt *SAT Fluggesellschaft* du 09.06.1994, aff. C-364/92, Rec. 1994, p. I-43, pts 28 et 30 ; arrêt *SELEX Sistemi* du 26.03.2009, aff. C-113/07 P, Rec. 2009, p. I-2207, pts 70-72, 76-77, 79, 92, 96, 102 et 114), ou encore un organisme exerçant une surveillance antipollution dans un port de mer (CJCE, arrêt *Diego Cali & Figli Srl c/Servizi ecologici porto di Genova SpA* du 18.03.1997, aff. C-343/95, Rec. 1997, p. I-1547, pts 19-25) exercent des pouvoirs qui sont caractéristiques de la puissance publique et qui ne sont pas de nature économique. En outre, [shyl](#) éducation publique est exclue de [shyl](#) application des règles de concurrence, car [shyl](#) Etat [shyn](#) entend pas [shys](#) engager ainsi dans des activités rémunérées, mais accomplit sa mission dans les domaines sociaux, culturel et éducatif envers la population (CJCE, arrêt *Etat belge c/Humbel* du 27.09.1988, aff. 263/86, Rec. 1988 p. 5365). Un organisme chargé de la gestion [shyd](#) un régime obligatoire de sécurité sociale, qui fonctionne selon le principe de la solidarité, est dépourvu de tout but lucratif, dont les prestations ne sont pas proportionnelles au montant des cotisations obligatoires versées, remplit exclusivement une fonction sociale et [shyn](#) exerce pas une activité économique (CJCE, arrêt *Poucet et Pistre c/AGF et Cancava* du 17.02.1993, aff. jtes C-159/91 et 160/91, Rec. 1993 p. I-637, pt 17 ; arrêt *AOK Bundesverband* du 16.04.2001, aff. jtes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, Rec. 2004 p. I-2493, pts 45-64). En revanche, une caisse de pension chargée de la gestion [shyd](#) un régime complémentaire [shyd](#) d'assurance vieillesse, fonctionnant selon le principe de la capitalisation et dont les prestations dépendent uniquement des cotisations versées par les bénéficiaires ainsi que des résultats financiers des investissements effectués par la caisse, exerce une activité économique, sans que cette qualification soit infirmée par la présence [shyd](#) éléments très limités de solidarité, existant au demeurant aussi dans certaines assurances-vie, ni par [shyl](#) absence de but lucratif de la caisse, ni par la finalité sociale poursuivie, ni par les contraintes réglementaires imposées au régime complémentaire (CJCE, arrêt *Fédération Française des Sociétés shyd Assurance* du 16.11.1995, aff. C-244/94, Rec. 1995, p. I-4013, pts 17-21 ; arrêt *Albany* du 21.09.1999, aff. C-67/96, Rec. 1999, p. I-5751, pt 87) Selon la Commission, tel devrait aussi être le cas [shyd](#) d'autres organismes aux fonctions essentiellement sociales, qui ne réalisent pas de profit, tels que les syndicats, les partis politiques, les églises et associations religieuses, les associations de consommateurs, les associations savantes, les organisations caritatives et humanitaires (COM[2000] 580 précitée, pt 30 ; voir aussi COMMISSION EUROPÉENNE, Les services sociaux [shyd](#) intérêt général dans [shyl](#) Union européenne, COM[2006] 177 du 26.04.2006 ;

Commission Staff Working Document, Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest, SEC[2010] 1545 du 07.12.2010).

[style-vj=1](#) Constitue un besoin [shyd](#)'intérêt général ayant un caractère autre [shyqu](#)'industriel ou 98 commercial **l'enlèvement et le traitement des ordures ménagères**, car le degré de satisfaction de ce besoin jugé nécessaire pour des raisons de santé publique et de protection de [shy](#)-l'environnement peut ne pas être atteint par les seules offres du marché (CJCE, arrêt *BFI Holding* du 10.11.1998, aff. C-360/96, Rec. 1998, p. I-6821, pt 52). Il en est de même [shyd](#)'une société de droit privé chargée des **activités de sylviculture et [shyd](#)'activités foresshytières annexes** sur une base commerciale (CJCE, arrêt *Commission c/Irlande* du 17.12.1998, aff. C-353/96, Rec. 1998, p. I-8565), [shyd](#)'une **imprimerie [shyd](#)'Etat** qui assume à titre exclusif la production de documents officiels dont certains sont étroitement liés à [shyl](#)'ordre public et au fonctionnement institutionnel de [shyl](#)'Etat, exigeant une garantie [shyd](#)'approvisionnement et le respect de normes de confidentialité et de sécurité (passeports, permis de conduire, cartes [shyd](#)'identité ainsi que diffusion de textes législatifs, réglemenshytaires et administratifs de [shyl](#)'Etat) (CJCE, arrêt *Mannesmann Anlagenbau* du 15.01.1998, aff. C-44/96, Rec. 1998, p. I-73, pts 22-24). Cette condition est aussi remplie par une **société [shyd](#)'habitations à loyer modéré HLM** (CJCE, arrêt *Commission c/France* du 01.02.2001, aff. C-237/99, Rec. 2001, p. I-939, pts 47-61), pour les activités de recherche et [shyd](#)'enseignement [shyd](#)'une **université** (CJCE, arrêt *University of Cambridge* du 03.10.2000, aff. C-380/98, Rec. 2000, p. I-8035, pt 19), par une entité chargée de l'**exploitation [shyd](#)'une station [shyd](#)'épuration** (CJCE, arrêt *Universale-Bau* du 12.12.2002, aff. C-470/99, Rec. 2002 p. I-11617), une société de droit privé chargée de planifier, construire, mettre en service et financer des **centres pénitentiaires**, puis [shyd](#)'aliéner les centres désaffectés (CJCE, arrêt *Commission/Espagne* du 16.10.2003, aff. C-283/00, Rec. 2003, p. I-11697), une entité chargée des **activités mortuaires et de pompes funèbres** (CJCE, arrêt *Adolf Truley* du 27.02.2003, aff. C-373/00, Rec. 2003, p. I-1931, pts 50-66), une société anonyme créée en vue de fournir l'**infrastructure (ateliers, bureaux) nécessaire à [shyl](#)'implantation [shyd](#)'entreprises industrielles ou commerciales dans une ville**, en achetant le terrain à la ville, en faisant construire les immeubles par des sociétés du bâtiment, puis en louant ces bâtiments aux entreprises désireuses de [shys](#)'implanter dans la ville (CJCE, arrêt *Korhonen e.a.* du 22.05.2003, aff. C-18/01, Rec. 2003, p. I-5321), une entité chargée [shyd](#)'assurer le **chauffage à distance [shyd](#)'habitations et locaux commerciaux et de bâtiments publics [shyd](#)'une ville grâce à [shyl](#)'énergie issue de [shyl](#)'incinération des déchets** (CJCE, arrêt *Ing. Aigner* du 10.4.2008, aff. C-393/06, Rec. 2008, p. I-2339), une **caisse publique [shyd](#)'assurance maladie** (CJCE, arrêt *Hans & Christophorus Oymanns* du

11.06.2009, aff. C-300/07, Rec. 2009, p. I-4779), des organismes de **radiodiffusion** financés par la redevance (CJCE, arrêt *Bayerischer Rundfunk* du 13 décembre 2007, aff. C-337/06, Rec. 2007, p. I-11173). En revanche, la Cour a considéré que remplit un besoin [shyd](#) d'intérêt général à caractère industriel ou commercial [shyl](#) l'entité qui organise des foires, expositions et congrès, car elle répond à un besoin commercial des commerçants et des consommateurs, étant donné que sa gestion repose sur des critères de rendement, [shyd](#) d'efficacité et de rentabilité. [shyl](#) L'entité ne doit pas nécessairement poursuivre de but lucratif, car elle supporte elle-même le risque financier de ses activités et car elle opère dans un environnement concurrentiel (CJCE, arrêt *Agorà et Excelsior* du 10.05.2001, aff. jtes C-223/99 et C-260/99, Rec. 2001, p. I-3605, pts 35-42).

99 [style-vj=1](#) La précision selon laquelle [shyl](#) l'organisme doit être « **créé pour satisfaire spécifiquement** » des besoins [shyd](#) d'intérêt général ayant un caractère autre [shyqu](#) industriel ou commercial [shyn](#) implique pas [shyqu](#) il soit uniquement chargé de satisfaire de tels besoins. Spécifiquement ne signifie pas exclusivement. Est déterminant le but de la création de [shy](#)-l'organisme : le motif de cette création doit avoir été [shyl](#) l'activité [shyd](#) d'intérêt général ayant un caractère autre [shyqu](#) industriel ou commercial. Il faut que [shyl](#) l'organisme doive son existence à la poursuite de cet objectif spécifique (sous réserve [shyd](#) d'une évolution dans le temps du champ [shyd](#) d'activité de [shyl](#) l'organisme). Le caractère particulier de la mission de [shyl](#) l'organisme justifie que [shyl](#) l'ensemble des marchés [shyqu](#) il passe soient soumis à la réglementation sur les marchés publics. Outre sa mission spécifique consistant à satisfaire des besoins [shyd](#) d'intérêt général ayant un caractère autre [shyqu](#) industriel ou commercial, une entité est libre [shyd](#) d'accomplir **d'autres activités sans rapport avec sa mission**, en exerçant par exemple des activités commerciales à but lucratif. Le fait que la satisfaction des besoins [shyd](#) d'intérêt général ne constitue [shyqu](#) une partie relativement peu importante ou même négligeable de [shyl](#) l'activité globale de [shyl](#) l'entité est sans pertinence aux fins de sa qualification [shyd](#) d'organisme de droit public ; il est en revanche déterminant que [shyl](#) l'entité continue à se charger des besoins [shyd](#) d'intérêt général [shyqu](#) elle est spécifiquement obligée de satisfaire. La Cour de justice a aussi rejeté une interprétation du critère de « spécificité » basée sur la question de savoir si la part prépondérante [shyd](#) d'activité de [shyl](#) l'organisme, par rapport à son activité globale, était consacrée à la satisfaction de besoins ayant un caractère autre [shyqu](#) industriel ou commercial ou à des activités de caractère industriel ou commercial. Selon [shyl](#) l'approche appelée **théorie de la contagion**, dès lors [shyqu](#) une entité tombe dans la qualification [shyd](#) d'organisme de droit public, [shyc](#) est [shyl](#) l'ensemble de ses marchés qui sont soumis à la réglementation sur les marchés publics, peu importe [shyqu](#) ils soient en rapport ou sans rapport avec la mission spécifique [shyd](#) d'intérêt général de [shyl](#) l'entité (CJCE, arrêt

Mannesmann Anlagenbau du 15.01.1998, C-44/96, Rec. 1998, p. I-73, pts 22-26 et 30-35 ; arrêt *Adolf Truley* du 27.02.2003, aff. C-373/00, Rec. 2003, p. I-1931, pt 56 ; arrêt *Korhonen e.a.* du 22.05.2003, aff. C-18/01, Rec. 2003, p. I-5321, pt 57 s. ; arrêt *Ing. Aigner* du 10.4.2008, aff. C-393/06, Rec. 2008, p. I-2339, pts 20 et 47). Le champ [shyd](#) d'application de la réglementation [shyn](#) n'est pas défini en fonction de [shyl](#) l'activité visée par le marché en cause, mais en fonction des caractéristiques de [shyl](#) l'organisme. Il est indifférent que des activités commerciales soient exercées par une personne morale distincte qui fait partie du même groupe ou « *Konzern* » que [shyl](#) l'organisme de droit public ; inversement, le fait [shy](#) qu'il y ait parmi les entreprises membres [shyd](#) d'un groupe un organisme de droit public ne suffit pas pour que toutes les entreprises soient considérées comme des pouvoirs adjudicateurs (CJCE, arrêt *BFI Holding* du 10.11.1998, aff. C-360/96, Rec. 1998, p. I-6821, pts 56 s.). La qualification [shyd](#) d'organisme de droit public peut **évoluer dans le temps**. Afin de préserver [shyl](#) l'effet utile des directives, la Cour de justice a interprété largement la condition « créé pour satisfaire spécifiquement » en considérant que, si une entité [shyn](#) a pas été créée aux fins de satisfaire des besoins [shyd](#) d'intérêt général ayant un caractère autre [shy](#) qu'industriel ou commercial, mais [shy](#) qu'elle a **assumé par la suite de telles [shytâches](#)** en raison [shyd](#) d'une modification de son champ [shyd](#) d'activités, elle doit être qualifiée de pouvoir adjudicateur. Il y a lieu de prendre en considération les activités que [shyl](#) l'entité exerce effectivement au moment de la passation du marché. Il importe peu que les statuts de [shyl](#) l'entité [shyn](#) aient pas été modifiés pour refléter les modifications effectives de son champ [shyd](#) d'activité, à condition que la prise en charge de la satisfaction de besoins puisse être constatée objectivement, par exemple sur la base des contrats de délégation entre la ville et [shyl](#) l'entité en cause (CJCE, arrêt *Universale-Bau e.a.* du 12.12.2002, aff. C-470/99, Rec. 2002, p. I-11617, pts 52-63). En revanche, la **théorie de la contagion ne [shys](#) s'applique pas aux pouvoirs adjudicateurs visés par la Directive secteurs 2004/17**. Il résulte *a contrario* de [shyl](#) l'art. 20 § 1 de cette directive que celle-ci [shys](#) s'applique aux seuls marchés que [shyl](#) l'entité adjudicatrice passe en rapport et pour [shyl](#) l'exercice [shyd](#) d'activités dans les secteurs visés aux art. 3-7 de la directive. Simultanément, [shyl](#) l'art. 12 de la Directive classique 2004/18 dispose que cette directive ne [shys](#) s'applique pas aux marchés publics que des pouvoirs adjudicateurs exerçant une des activités visées par la directive secteurs 2004/17 passent pour ces activités (CJCE, arrêt *Ing. Aigner* du 10.4.2008, aff. C-393/06, Rec. 2008, p. I-2339, pts 23-33). Si un marché ne relève pas de [shyl](#) l'exercice [shyd](#) d'une des activités réglementées par la Directive secteurs 2004/17, il sera régi par les règles prévues par la Directive classique, pour autant que les conditions soient remplies et en particulier que le pouvoir adjudicateur tombe aussi dans le champ [shyd](#) d'application de la directive classique 2004/18 (CJCE, arrêt *Strabag et Kostmann* du 16.06.2005, aff. jtes C-462/03 et C-463/03,

Rec. 2005, p. I-5397, pt 37). Même si [shyl](#) l'organisme de droit public applique une **comptabilité interne séparée** entre les activités exercées pour accomplir sa mission [shy](#) d'intérêt général et les activités [shy](#) qu'il exerce dans des conditions de concurrence, la Cour doute [shy](#) qu'il soit possible [shyd](#) d'établir une séparation nette entre les différentes activités [shy](#) d'une entité qui constitue une personne morale unique ayant un patrimoine unique et dont les décisions en matière de direction et de gestion sont prises de manière unitaire. En conséquence, pour des raisons de sécurité juridique, de transparence et de prévisibilité, tous les marchés de [shyl](#) l'entité sont soumis aux règles sur les marchés publics, que ce soit à la Directive secteurs 2004/17 pour les marchés en rapport avec ses activités dans les secteurs ou à la Directive classique 2004/18 pour tous les autres marchés (CJCE, *arrêt Ing. Aigner* du 10.4.2008, aff. C-393/06, Rec. 2008, p. I-2339, pts 49-59). De même, [shyl](#) l'annexe 2 à [shyl](#) l'AMP, contrairement à [shyl](#) l'annexe 3 pour les entités EETT, ne fait pas de distinction entre les marchés passés par un organisme de droit public pour accomplir sa mission de satisfaire des besoins [shyd](#) d'intérêt général et ceux qui [shyn](#) ont pas de rapport avec cette mission.

- 100 [style-vj=1](#) La 2^e condition requiert que [shyl](#) l'entité dispose de la **personnalité juridique**. En revanche, la forme et le régime juridique de ces entités est indifférent. Le statut de **droit privé** [shyd](#) une entité ne permet pas [shyd](#) exclure sa qualification comme organisme de droit public (CJCE, *arrêt Commission c/Espagne* du 15.05.2003, aff. C-283/00, Rec. 2003, p. I-4667, pts 54-60 ; *arrêt Commission c/Espagne* du 13.01.2005, aff. C-84/03, Rec. 2005 p. I-139, pts 28-30). Une SA HLM constitue ainsi un organisme de droit public (CJCE, *arrêt Commission c/France* du 01.02.2001, aff. C-237/99, Rec. 2001, p. I-939, pts 50 et 60).
- 101 [style-vj=1](#) La 3^e condition à la définition [shyd](#) d'un « organisme de droit public » comporte trois critères alternatifs qui reflètent chacun la **dépendance étroite** [shyd](#) un organisme à [shyl](#) l'égard de [shyl](#) l'Etat, des collectivités territoriales ou [shyd](#) autres organismes de droit public (CJCE, *arrêt University of Cambridge* du 03.10.2000, aff. C-380/98, Rec. 2000, p. I-8035, pt 20 ; *arrêt Adolf Truley* du 27.02.2003, aff. C-373/00, Rec. 2003 p. I-1931, pt 68). Une ingérence directe par [shyl](#) l'Etat lors de la passation [shyd](#) un marché par [shyl](#) l'organisme en cause [shyn](#) est pas exigée ; le **risque** [shyd](#) **ingérence** suffit (CJCE, *arrêt Bayerischer Rundfunk* du 13.12.2007, aff. C-337/06, Rec. 2007, p. I-11173, pts 51-60).
- 102 [style-vj=1](#) Le premier critère alternatif est celui du **financement public majoritaire**. Toutefois, tous les versements effectués par les pouvoirs publics [shyn](#) ont pas pour effet de créer ou [shy](#) d'approfondir un lien spécifique de subordination ou de dépendance. Seules les **presshy**tations qui financent ou soutiennent, au moyen [shyd](#) une aide financière versée sans contre-prestation spécifique, les activités de [shyl](#) l'entité concernée peuvent être qualifiées de « **fishy** **financement public** ». Dans le cas [shyd](#) une université, le financement public comprend par exemple les

bourses ou subventions accordées par les pouvoirs publics aux fins de promouvoir les travaux de recherche ainsi que les bourses versées aux universités au profit de certains étudiants afin de couvrir les frais de scolarité. En revanche, ne constituent pas un financement public les versements effectués par des pouvoirs publics soit dans le cadre [shyd](#) d'un contrat de prestations de services comprenant des travaux de recherche, soit en contrepartie de la prestation [shy](#) d'autres services, tels [shy](#) qu'une expertise ou [shyl](#) organisation de conférences. Dans ce second cas, en effet, les pouvoirs publics ont un intérêt économique à [shyl](#) accomplissement de la prestation, même si ces activités se confondent avec celles [shyd](#) d'enseignement et de recherche de [shyl](#) université. Si une certaine dépendance peut aussi résulter dans ce second cas, elle doit être assimilée à celle existant dans un contrat commercial normal, librement négocié entre les cocontractants (CJCE, arrêt *University of Cambridge* du 03.10.2000, aff. C-380/98, Rec. 2000, p. I-8035, pts 21-26). Le terme « **majoritairement** » doit être interprété comme signifiant « plus de la moitié ». Pour parvenir à une appréciation correcte du pourcentage de financement public [shyd](#) d'un organisme donné, il y a lieu de tenir compte de [shyl](#) ensemble des revenus dont il bénéficie, y compris ceux qui résultent [shyd](#) d'une activité commerciale (CJCE, arrêt *University of Cambridge* du 03.10.2000, aff. C-380/98, Rec. 2000, p. I-8035, pts 29-36). Le calcul du mode de financement de [shyl](#) organisme doit être effectué sur une base annuelle et en se fondant sur [shyl](#) exercice budgétaire au cours duquel la procédure de passation du marché en cause est lancée, étant entendu que ce calcul doit être effectué sur la base des chiffres disponibles au début de [shyl](#) exercice budgétaire, fussent-ils de nature prévisionnelle. Le principe de la sécurité juridique commande que [shyl](#) organisme qui, à la date de [shyl](#) appel [shyd](#) d'offres, constitue un pouvoir adjudicateur, le demeure jusqu'à la clôture de la procédure de passation concernée, même si les conditions de son financement se modifient dans [shy](#) l'intervalle (CJCE, arrêt *University of Cambridge* du 03.10.2000, aff. C-380/98, Rec. 2000, p. I-8035, pts 37-44).

[style-vj=1](#) Il [shyn](#) est pas nécessaire que [shyl](#) activité de [shyl](#) organisme concerné soit **financée** 103 **directement** par [shyl](#) Etat ou une autre entité publique ; un **financement indirect** peut [shy](#) s'avérer suffisant à certaines conditions. Tel est le cas pour les organismes de radiodiffusion publics allemands dont [shyl](#) activité de service public est financée majoritairement par la redevance payée par les détenteurs d'un poste récepteur, le financement en cause trouvant sa genèse dans un acte de [shyl](#) Etat, étant garanti par [shyl](#) Etat et étant assuré par un mode [shyd](#) d'imposition et de perception qui relève de prérogatives de puissance publique. La Cour de justice a pris [shyd](#) d'abord comme critère le fait que la redevance trouve son origine dans un acte de [shyl](#) Etat (la loi), et non pas dans un contrat conclu entre ces organismes et les consommateurs, [shyl](#) assujettissement obligatoire résultant de la simple détention [shyd](#) d'un

appareil récepteur et [shyn](#)'étant pas la contrepartie de la jouissance effective des services fournis par [shyl](#)'organisme. Ensuite, la fixation du montant de la redevance [shyn](#)'est pas non plus le fruit [shyd](#)'une relation contractuelle, mais résulte [shyd](#)'une décision formelle des parlements et gouvernements des Länder adoptée suite à une recommandation [shyd](#)'une commission indépendante. Enfin, les modalités de perception de la redevance comportent des prérogatives de puissance publique, le financement étant ainsi indirectement garanti par [shyl](#)'Etat. A la lumière de [shyl](#)'approche fonctionnelle de la notion de « financement par [shyl](#)'Etat », il importe peu que [shyl](#)'Etat perçoive [shyd](#)'abord la redevance en mettant ensuite les recettes de celle-ci à disposition des organismes de radiodiffusion publics, ou que [shyl](#)'Etat accorde auxdits organismes le droit de percevoir eux-mêmes la redevance (CJCE, arrêt *Bayerischer Rundfunk* du 13.12.2007, aff. C-337/06, Rec. 2007, p. I-11173, pts 33-48). Seuls les versements publics auxquels [shyn](#)'est liée aucune contrepartie contractuelle ont pour effet de créer ou [shyd](#)'approfondir un lien spécifique de subordination ou de dépendance de [shyl](#)'organisme à [shyl](#)'égard des pouvoirs publics. Une **ingérence directe par [shyl](#)'Etat lors de la passation [shyd](#)'un marché par [shyl](#)'organisme en cause [shyn](#)'est pas exigée ; le risque [shyd](#)'ingérence suffit** (CJCE, arrêt *Bayerischer Rundfunk* du 13.12.2007, aff. C-337/06, Rec. 2007, p. I-11173, pts 51-60). De même, les caisses publiques [shyd](#)'assurance maladie allemandes sont financées de manière largement majoritaire par les cotisations mises à charge des affiliés et des employeurs de ces derniers, alors que les versements directs des autorités fédérales et les paiements compensatoires entre caisses résultant de la péréquation des [shyl](#)-risques constituent une part minoritaire du financement. Dès lors que les cotisations sont imposées, calculées et recouvrées par les caisses selon des règles de droit public, un tel financement trouve sa genèse dans les actes de [shyl](#)'Etat et constitue ainsi un financement public. La Cour de justice a aussi souligné que les cotisations des affiliés sont versées sans contre-prestation spécifique, et que ni [shyl](#)'obligation de cotisation ni le montant de celle-ci ne constitue le résultat [shyd](#)'un accord entre les caisses publiques et leurs affiliés, mais [shyl](#)qu'il découle [shyd](#)'une obligation imposée par des règles de droit public, tandis que le montant des cotisations est uniquement fonction de la capacité contributive de chaque assuré, [shyd](#)'autres éléments comme [shyl](#)'âge, [shyl](#)'état de santé ou le nombre de personnes assurées de son chef [shyn](#)'étant pas pertinents à cet égard. De plus, la marge de manœuvre des caisses dans la fixation du taux des cotisations est extrêmement réduite, car les prestations sont définies par la réglementation en matière de sécurité sociale, tandis que le taux des cotisations doit être fixé de manière à équilibrer les recettes et les dépenses et [shyl](#)qu'il nécessite en tout état de cause [shyl](#)'autorisation de [shyl](#)'autorité publique de tutelle (CJCE, arrêt *Hans & Christophorus Oymanns* du 11.06.2009, aff. C-300/07, Rec. 2009, p. I-4779, pts 51-59). En Suisse, il

conviendrait [shy](#)d'analyser à la lumière de ces jurisprudences la question de [shy](#)-l'assujettissement éventuel [shy](#)d'organismes comme la RTS ou certaines compagnies [shy](#)-d'assurances sociales.

[style-spacing=narrow2](#)Le **contrôle de la gestion**, qui constitue un autre des trois critères 104 alternatifs, doit créer une dépendance à [shy](#)l'égard des pouvoirs publics équivalente à celle qui existe lorsque [shy](#)l'un des deux autres critères alternatifs est rempli, à savoir un financement provenant majoritairement des pouvoirs publics ou la nomination par ces derniers de plus de la moitié des membres composant les organes dirigeants de [shy](#)l'organisme. Lorsque la réglementation étatique applicable à la gestion de [shy](#)l'organisme est très détaillée, la simple surveillance de son respect peut, à elle seule, aboutir à conférer une emprise importante aux pouvoirs publics. La faculté pour les pouvoirs publics de dissoudre [shy](#)l'organisme, [shy](#)d'en suspendre les organes dirigeants et de nommer un administrateur provisoire, même exercée effectivement seulement dans des cas exceptionnels, implique néanmoins un contrôle permanent qui seul permet la découverte de fautes graves dans la gestion ou de carence justifiant de telles interventions (CJCE, arrêt *Commission c/France* du 01.02.2001, aff. C-237/99, Rec. 2001, p. I-939, pts 49-60). Un simple contrôle *a posteriori* ne suffit pas puisque, par définition, il ne permet pas aux pouvoirs publics [shy](#)d'influencer les décisions de [shy](#)-l'organisme concerné en matière de marchés publics. En revanche, ce critère est rempli si, [shy](#)d'une part, les pouvoirs publics contrôlent non seulement les comptes annuels de [shy](#)-l'organisme concerné, mais également sa gestion en cours sous [shy](#)l'angle de [shy](#)l'exactitude des chiffres cités, de la régularité, de la [reshy](#)cherche [shy](#)d'économies, de la rentabilité et de la rationalité et si, [shy](#)d'autre part, ces mêmes pouvoirs publics sont autorisés à visiter les locaux [shy](#)d'exploitation et les installations dudit organisme et à rapporter les résultats de ces contrôles à une collectivité territoriale détenant, par le biais [shy](#)d'une autre société, le capital de [shy](#)-l'organisme en cause (CJCE, arrêt *Adolf Truley* du 27.02.2003, aff. C-373/00, Rec. 2003 p. I-1931, pts 70-74).

d) Entreprises publiques, entités privées titulaires de droit spéciaux ou exclusifs et autres entités passant un marché subventionné

L'art. 5 LMI s'applique indirectement, en raison de l'interdiction de la discrimination à rebours 105 de l'art. 6 I LMI, aux « **entreprises publiques** » actives dans les **secteurs EETT**, au sens de [shy](#)l'annexe 3 à [shy](#)l'AMP (notion correspondant à celle de [shy](#)l'art. 2 § 1/b) de la Directive secteurs 2004/17), [shy](#)c'est-à-[shy](#)dire

« toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. [shy](#)L'influence dominante est présumée lorsque les pouvoirs publics, directement ou indirectement, à [shy](#)l'égard de [shy](#)l'entreprise :

- détiennent la majorité du capital souscrit de [shy](#)l'entreprise ou
- disposent de la majorité des voies attachées aux parts émises par [shy](#)l'entreprise ou
- peuvent désigner plus de la moitié des membres de [shy](#)l'organe [shy](#)d'administration, de direction ou de surveillance de [shy](#)l'entreprise ».

En effet, l'art. 6 I LMI s'oppose à ce que les marchés passés par de telles entreprises publiques soient ouverts aux seuls soumissionnaires d'autres Etats parties à un accord international conclu avec la Suisse, tout en restant fermés aux soumissionnaires établis en Suisse.

106 Pour la même raison, les articles 5 et 6 I LMI englobent aussi indirectement les **entités de droit privé qui ne sont pas dominées par [shy](#)l'Etat**, mais qui assument une tâche publique dans les secteurs EETT, et qui sont au bénéfice de **droits spéciaux ou exclusifs**, en particulier sous la forme de concession de monopole (WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 170). Ces entités privées sont visées par [shy](#)l'art. 2 § 2/b) de la Directive secteurs 2004/17, mais ne sont pas incluses dans [shy](#)l'AMP, faute [shy](#)d'accord entre les Etats parties (CLERC, Marchés, p. 294). Elles sont par contre comprises dans [shy](#)l'art. 3 § 2 de [shy](#)l'Accord MP et à l'art. 2 de l'Annexe R à la Convention AELE (*supra* N 28). Selon [shy](#)l'art. 2 § 3 de la Directive secteurs 2004/17, les « droits spéciaux ou exclusifs » sont des droits accordés par [shy](#)l'autorité compétente [shy](#)d'un Etat membre, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités [shy](#)l'exercice [shy](#)d'une activité définie aux art. 3 à 7 et [shy](#)d'affecter substantiellement la capacité des autres entités [shy](#)d'exercer cette activité. Selon une interprétation systématique en relation avec l'art. VIII GATS, les droits spéciaux ou exclusifs visent les situations de monopole ou d'oligopole.

107 Encore faut-il que [shy](#)l'entreprise publique ou [shy](#)l'entité privée titulaire [shy](#)d'un droit spécial ou exclusif **assume des tâches cantonales ou communales**. Cette dernière condition est le plus souvent remplie pour les entreprises publiques actives dans les secteurs de [shy](#)l'eau, de [shy](#)l'énergie et des transports. La délimitation des compétences entre la Confédération et les cantons pour réglementer la passation des marchés passés par des entités actives dans les secteurs eau-énergie-transports-télécommunications (EETT) est prévue à [shy](#)l'art. 2a I OMP, qui introduit deux critères alternatifs de répartition des compétences, à savoir la dominance ou [shy](#)l'étendue géographique du service public exercé (*supra* N 21). Les Chemins de fer fédéraux (CFF) et les services postaux et automobiles de La Poste Suisse, tombent dans la compétence

de réglementation de la Confédération (CLERC, Marchés, p. 407 s. et 328 ; LANG, Binnenmarkt, p. 22 s. ; Mess-1 GATT, p. 363 et Mess-2 GATT, p. 1215 s. ; *supra* N 20-25).

Contrairement à [shyl](#)'art. 8 II/b AIMP, [shyl](#)'art. 5 LMI [shyn](#)'assujettit pas les entités dont les **projets sont subventionnés à plus de 50 %** du coût total par des pouvoirs adjudicateurs. 108
Toutefois, il est probable que nombre de ces entités assument, par ailleurs, des tâches cantonales ou communales, et tombent de ce fait dans le champ [shyd](#)'application de [shyl](#)'art. 5 LMI. Cette disposition est héritée de règles antérieurement en vigueur dans de nombreux cantons (MICHEL, Conclusion, N 12.3 ; CLERC, Marchés, p. 425-427). Elle existe aussi dans [shyl](#)'UE pour les marchés publics de travaux ou de services en relation avec des travaux, et dont la valeur dépasse certains seuils (art. 8 Directive classique 2004/18).

5. Cercle des soumissionnaires

Pour se prévaloir des droits conférés par [shyl](#)'art. 5 LMI, le soumissionnaire est soumis à une 109
condition personnelle, celle [shyd](#)'avoir son domicile, son siège ou son établissement en Suisse (*infra* N 110-112). En revanche, il ressort de la jurisprudence du Tribunal fédéral [shyqu](#)'il [shy](#)-
n'est pas nécessaire que le soumissionnaire soit « extérieur » (*infra* N 113).

L'art. 5 I LMI ne [shys](#)'applique [shyqu](#)'aux seules personnes ayant **leur siège ou leur** 110
établissement en Suisse, et coïncide ainsi avec le champ [shyd](#)'application personnel de la loi (art. 1 I LMI). La restriction du cercle des soumissionnaires résulte du but assigné à la LMI, soit la réalisation du marché intérieur suisse sur la base de [shyl](#)'art. 95 II Cst. Le champ [shy](#)-
d'application personnel de [shyl](#)'art. 5 LMI se recoupe très largement avec celui des titulaires de la liberté économique, mais à notre avis pas entièrement pour ce qui concerne les personnes morales (AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel II, N 925-937 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, N 66-69 ; VALLENDER, Art. 27 Cst, N 39-47 ; RHINOW, Art. 31 aCst., N 92-94 et 176-185). [shy](#)L'art. 27 Cst peut être invoqué en premier lieu par les personnes physiques de nationalité suisse domiciliées en Suisse, les étrangers au bénéfice [shyd](#)'un permis [shyd](#)'établissement en Suisse ainsi que les étrangers titu-
[shy](#)laires [shyd](#)'un permis de séjour pourvu [shyqu](#)'ils soient exemptés des mesures de limitation et [shyqu](#)'ils aient droit au renouvellement de leur permis selon la législation fédérale ou un traité international (ATF 123 I 212, c. 2). Les personnes physiques ayant la nationalité [shyd](#)'un Etat de [shyl](#)'UE ou de [shyl](#)'AELE, et qui résident en Suisse, entrent dans le cercle des titulaires de la liberté économique et dans celui de [shyl](#)'art. 5 LMI, car [shyl](#)'ALCP et la Convention AELE leur ont conféré un droit au renouvellement de leur permis de séjour (art. 2 § 3, art. 6 § 1, art. 12 § 2 de [shyl](#)'Annexe I ALCP ; art. 2 § 3, art. 26 § 1 Annexe K de [shyl](#)'Appendice I

à la Convention AELE ; ATF 131 I 223, 226 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel II, N 934 et 936 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, N 71-72 ; VALLENDER, Art. 27 Cst, N 39 ; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, p. 1064 s.). En second lieu, les personnes morales sont titulaires de la liberté économique, soit lorsqu'elles ont leur siège ou une succursale en Suisse, soit lorsque leur siège est à [shyl](#)'étranger et [shy](#)qu'elles peuvent se prévaloir de la libre prestation de services garantie par [shyl](#)'art. 5 ALCP ou par [shyl](#)'art. 5 de [shyl](#)'Annexe K à la Convention AELE (ATF 125 I 182, c. 5a ; ATF 131 I 223, c. 1.1). En revanche, les personnes morales ne peuvent se prévaloir de [shyl](#)'art. 5 I LMI que lorsqu'elles disposent [shyd](#)'un siège ou [shyd](#)'une succursale en Suisse. Cette interprétation littérale est confirmée par [shyl](#)'objectif de réalisation du marché intérieur suisse poursuivi par la LMI, qui présuppose que [shyl](#)'offreur conduise déjà son activité lucrative en Suisse (dans le même sens, art. 1 I LMI, N 96). [shyl](#)'Accord MP et la Convention AELE vont dans le même sens, en soustrayant au principe général de non-discrimination les mesures nécessaires au développement du marché intérieur suisse, en particulier les voies de recours prescrites par la LMI pour les marchés publics dont la valeur est inférieure aux seuils desdits accords (art. 6 § 4 Accord MP et Annexe IX ; art. 7 *if.* Annexe R à la Convention AELE et Appendice 12 de [shyl](#)'Annexe R). Enfin, les autres personnes physiques ou morales établies à [shyl](#)'étranger, les étrangers titulaires [shyd](#)'une autorisation de séjour sans droit au renouvellement ainsi que les titulaires [shyd](#)'une autorisation de séjour de courte durée [shyn](#)'entrent dans le champ [shy](#)-d'application personnel ni de la liberté économique, ni de la LMI (Mess-LMI, p. 1241 ; WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 165 ; ATF 125 I 182, c. 5a).

- 111 [style-spacing=narrow2L](#)'art. 5 LMI confère des droits à tous les soumissionnaires domiciliés ou établis en Suisse, **quel que soit leur lieu [shyd](#)'établissement en Suisse**. Il va plus loin que [shyl](#)'art. 9/a AIMP ou que les conventions de réciprocité, qui [shyn](#)'ouvrent les marchés [shy](#)-qu'aux seuls soumissions[shyn](#)aires établis dans un canton partie à [shyl](#)'accord, respectivement à la convention (CLERC, Marchés, p. 438 ; sur [shyl](#)'incompatibilité [shyd](#)'une exigence de réciprocité avec [shyl](#)'art. 5 LMI, *infra* N 118). Dès lors que [shyl](#)'AIMP a été ratifié par tous les cantons et que son champ [shyd](#)'application semble couvrir les mêmes marchés que ceux visés par la LMI, les cas où un soumissionnaire ne pourrait déduire un droit [shyd](#)'accès [shy](#)qu'en se basant sur [shyl](#)'art. 5 LMI semblent rares (*supra* N 39).
- 112 [style-top=5.2ptL](#)'accès aux **marchés publics de niveau fédéral [shyn](#)**'est réglé dans la LMP [shy](#)qu'en ce qui concerne les soumissionnaires établis dans [shyd](#)'autres Etats. Le droit [shy](#)-d'accès des personnes physiques ou morales établies en Suisse est garanti directement par les art. 27, 94 et 95 II Cst, sans aucune discrimination en fonction du canton ou de la commune de domicile (CLERC, Marchés, p. 410 et 417 ; *supra* N 86).

A contrario, les soumissionnaires ayant leur domicile, leur siège ou leur établissement dans d'autres Etats ne peuvent tirer aucun droit de [shyl](#)'art. 5 LMI qui ne prévoit aucune ouverture internationale. Cette restriction, évidente, est explicitement rappelée par [shyl](#)'art. 6 § 4 de [shyl](#)-l'Accord MP et [shyl](#)'art. 7 *i.f.* de [shyl](#)'Annexe R à la Convention AELE (*supra* N 28, 23 et 110 ; cf. LMI 9 N 74). [shyl](#)L'accès des soumissionnaires étrangers aux marchés cantonaux et communaux est réglé par [shyl](#)'AMP, [shyl](#)'Accord MP, la Convention AELE ou [shyd](#)'autres accords de libre-échange conclus avec des pays tiers, par [shyl](#)'art. 9/b AIMP ainsi que par les réglementations cantonales, voire communales [shyd](#)'exécution. Pour les marchés publics de la Confédération, [shyl](#)'accès des soumissionnaires étrangers découle de [shyl](#)'art. 4 LMP lorsque le marché tombe dans le champ de [shyl](#)'AMP et de [shyl](#)'art. 2 III, 2 LMP en relation avec [shyl](#)'art. 33 OMP lorsqu'il [shys](#)'agit [shyd](#)'un autre marché.

[style-vj=1](#)Les règles du TFUE (contrairement à celles des directives en matière de marchés publics ; voir CJCE, arrêt *Commission/Belgique* du 25.04.1996, aff. C-87/94, Rec. 1996 p. I-2043, pts 31-35 ; arrêt *SIAC Construction* du 18.10.2001, aff. C-19/00, Rec. 2001 p. I-7725) ne [shys](#)'appliquent pas à un marché public dont tous les éléments se cantonnent à [shyl](#)'intérieur [shyd](#)'un seul Etat membre et qui ne présente aucun intérêt transfrontalier susceptible de le rattacher à [shyl](#)'une des situations envisagées par le droit primaire dans le domaine de la libre circulation des marchandises, des personnes et des services (CJUE, arrêt *Serrantoni et Consorzio stabile edili* du 23.12.2009, aff. C-376/08, Rec. 2009, p. I-12169, pts 20-25 ; CJCE, arrêt *Commission/Irlande* du 13.11.2007, aff. C-507/03, Rec. 2007, p. I-9777 ; arrêt *Commission/Italie* du 28.02.2008, aff. C-412/04, Rec. 2008, p. I-619 ; arrêt *SECAP et Santorso* du 15.05.2008, aff. jtes C-147/06 et C-148/06, Rec. 2008, p. I-3565, pts 20-21, 24, 30-32 ; arrêt *RI.SAN Srl c/Commune di Ischia e.a.* du 09.11.1998, aff. C-108/98, Rec. 1999, p. I-5219, pts 18-27). Les règles du TFUE en matière de libertés fondamentales de circulation ne prohibent pas une pure « **discrimination à rebours** ». Dès lors que la LMI est calquée sur les dispositions du TFUE, la doctrine en avait déduit que [shyl](#)'art. 5 LMI ne conférait de droits [shyl](#)qu'aux soumissionnaires « extérieurs », [shyc](#)'est-à-[shyd](#)ire extracantonaux ou extracommunaux (COTTIER/WAGNER, BGBM, p. 1583 ; Mess-LMI, p. 1248 ; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Beschaffungswesen, p. 16 ; CLERC, Marchés, p. 437 s.). Le soumissionnaire « local » (c'est-à-[shyd](#)ire domicilié dans le même canton ou la même commune que le pouvoir adjudicateur passant le marché) ne serait pas protégé par la LMI. Toutefois, le Tribunal fédéral a choisi une interprétation plus extensive, en considérant que la protection juridictionnelle cantonale, garantie par [shyl](#)'art. 9 LMI, appartient aussi bien aux soumissionnaires externes [shyl](#)qu'aux soumissionnaires locaux. Selon une analyse systématique de la loi, le droit [shyd](#)'accès libre et non discriminatoire au marché prévu à [shyl](#)-

l'art. 1 I LMI est garanti en règle générale à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse, indépendamment du fait [shy](#) qu'une personne intervienne dans un cas [shyd](#) d'espèce comme offreur local ou externe. Il serait de plus totalement insatisfaisant que les soumissionnaires participant à un marché déterminé disposent [shyd](#) d'un niveau de protection juridictionnelle différent selon [shy](#) qu'ils y interviennent comme soumissionnaire local ou extérieur (ATF 125 I 406, c. 2d, qui cite CRAMERI, Beschaffungswesen, p. 141 ; arrêt commenté par BASS/CRAMERI/LANG/MALFANTI/SPÖRRI, Anwendung, p. 249 ss). Dès lors que le seul grief invocable en matière de marchés publics par la voie de recours de [shyl](#) l'art. 9 LMI est celui [shyd](#) d'une restriction à la liberté [shyd](#) d'accès au marché contraire à [shyl](#) l'art. 5 LMI, la jurisprudence précitée du Tribunal fédéral [shys](#) s'étend nécessairement au champ [shyd](#) d'application personnel de [shyl](#) l'art. 5 LMI, sauf à ouvrir au soumissionnaire local un recours vide de tout motif. Il en découle que [shyl](#) l'art. 5 LMI confère des droits **tant aux soumissionnaires locaux [shy](#) qu'extérieurs**. Cette jurisprudence du Tribunal fédéral a pour effet de promouvoir activement [shyl](#) l'ouverture du marché intérieur suisse dans le domaine des marchés publics. Il est vrai que des discriminations à [shyl](#) l'égard des soumissionnaires locaux, même si elles sont plus rares [shy](#) qu'à [shyl](#) l'encontre de soumissionnaires extérieurs, peuvent aussi se produire sous la forme de favoritisme lorsque, par exemple, des « fournisseurs de la cour » sont régulièrement préférés dans le cadre des marchés passés de gré à gré ou par une procédure sur invitation (CRAMERI, Beschaffungswesen, p. 141 s.). Par ailleurs, lorsque le marché tombe dans le champ [shyd](#) d'application de [shyl](#) l'AIMP, le soumissionnaire « local » peut aussi se plaindre [shyd](#) d'une violation des principes de non-discrimination et [shyd](#) d'égalité de traitement de [shyl](#) l'art. 11/a AIMP.

- 115 Lorsqu'un soumissionnaire a un **lien spécial avec le pouvoir adjudicateur** – parce [shy](#) qu'il constitue un service interne à [shyl](#) l'administration ou une entreprise publique décentralisée ou une entité privée titulaire [shyd](#) d'une concession –, il convient [shyd](#) d'examiner si le lien est tel [shy](#) qu'il ne [shys](#) agit pas [shyd](#) d'un marché public, faute de convention entre deux personnes distinctes, mais [shyd](#) d'une délégation interne à [shyl](#) l'administration (la question des marchés *in house* est examinée en relation avec la notion de marchés publics, *supra* N 68-76). Par ailleurs, lorsqu'un soumissionnaire bénéficie [shyd](#) d'une subvention, il faut examiner si celle-ci a pour effet de discriminer les autres soumissionnaires, constituant de ce fait un obstacle à [shyl](#) l'accès au marché (*infra* N 129).

B. Libre accès et restrictions

1. Principe de non-discrimination

a) Portée

L'art. 5 I LMI pose le principe du **libre accès** aux marchés publics tombant dans le champ [shyd](#)'application de la LMI (*supra* N 55-115). Le principe est formulé négativement par l'**interdiction de discrimination** à [shyl](#)'encontre de soumissionnaires ayant leur domicile, leur siège ou leur établissement en Suisse (Mess-LMI, p. 1237 et 1247 s. ; Comco, *Préavis sur le projet de révision de shyl*'AIMP, DPC 1998/2, p. 329, ch. 5). La prohibition de toute discrimination concerne aussi bien l'**accès** aux marchés que les **procédures de passation** des marchés.

La portée de [shyl](#)'art. 5 LMI est limitée au **champ shyd**'application de cette disposition. Les titulaires du droit sont les **soumissionnaires** entrant dans le cercle visé par [shyl](#)'art. 5 LMI (*supra* N 109-115). La prohibition de discrimination est imposée aux **pouvoirs adjudicateurs** de niveaux cantonal et communal, non aux pouvoirs adjudicateurs de niveau fédéral (*supra* N 85-108). [shyl](#)L'objet du droit porte sur tous les **marchés** de travaux, fournitures et services (*supra* N 80 s.), quelle que soit leur valeur (*supra* N 82-84).

[shyl](#)L'art. 5 LMI garantit un accès inconditionnel pour les marchés cantonaux et communaux qui tombent dans son champ [shyd](#)'application et en faveur de tout soumissionnaire établi en Suisse. Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, sur laquelle est modelée la LMI, le droit à [shyl](#)'égalité de traitement consacré par le droit de [shyl](#)-l'Union européenne ne saurait dépendre [shyd](#)'un accord de réciprocité conclu entre [shyl](#)'Etat membre en cause et un autre Etat membre dont la personne intéressée est le ressortissant (CJCE, arrêt *Frilli* du 22.06.1972, aff. 1/72, Rec. 1972, p. 457, pt 19 ; arrêt *Cowan* du 02.02.1989, aff. 186/87, Rec. 1989, p. 195, pt 20 ; arrêt *Hubbard* du 01.07.1993, aff. C-20/92, Rec. 1993, p. I-3777, pt 17 ; arrêt *Data Delecta et Forsberg* du 26.09.1996, aff. C-43/95, Rec. 1996, p. I-4661, pt 21 ; arrêt *Commission/Italie* du 16.05.2002, aff. C-142/01, Rec. 2002, p. I-4541, pt 7 ; arrêt *Commission/Italie* du 13.02.2003, aff. C-131/01, Rec. 2003, p. I-659, pt 46 ; arrêt *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española* du 30.09.2003, aff. C-405/01, Rec. 2003, p. I-10391, pt 61). **Aucune réserve de réciprocité** ne peut être mise à [shyl](#)'accès de tout soumissionnaire établi en Suisse. Ce [shyl](#)n'est que dans le cadre de [shyl](#)'application de la clause de la nation la plus favorisée conditionnelle, [shyl](#)c'est-à-[shyl](#)dire si un accord international ou intercantonal prévoit une ouverture plus grande que celle garantie par [shyl](#)'art. 5 LMI, [shyl](#)-

qu'une réserve de réciprocité peut être formulée (**art. 6 II et III LMI**; *supra* N 40-44 ; ég. WEBER, *Binnenmarktgesetz*, p. 170 ; ZWALD, *BGBM*, N 138 ; Comco, *Préavis sur le projet de révision AIMP*, DPC 1998/2, p. 329, ch. 9-12 ; *Préavis sur le projet de loi neuchâteloise*, DPC 1998/2, p. 336, ch. 11-15 ; *Préavis sur le 2^e projet de révision AIMP*, DPC 2000/2, p. 270, ch. 15 s.). Pour les marchés tombant dans le champ de la LMI, les seules restrictions admissibles à [shyl](#)'accès sont celles fondées sur les exigences impératives au sens de [shyl](#)'art. 3 LMI (*infra* N 135-167). Une ouverture des marchés publics à géométrie variable serait économiquement injustifiable face à [shyl](#)'objectif de réalisation du marché int^{shy}rieur suisse. L'**art. 9/a AIMP** prévoit un accès inconditionnel en faveur des soumissionnaires des cantons parties. Une réserve implicite de réciprocité à [shyl](#)'égard des soumissionnaires des cantons non parties à [shyl](#)'AIMP (par exemple dans [shyl](#)'hypothèse [shyd](#)'une future version révisée de [shyl](#)'AIMP) serait contraire à la LMI, sous réserve des cas où le champ [shyd](#)'application de [shyl](#)'AIMP irait au-delà de celui de [shyl](#)'art. 5 LMI (LANG, *Binnenmarkt*, p. 24 ; CLERC, *Marchés*, p. 396 et 427 s. ; Comco, *Préavis sur le 2^e projet de révision AIMP*, DPC 2000/2, p. 270, pts 15 s.). Les **conventions de réciprocité**, dont le champ [shyd](#)'application ne va généralement pas au-delà de celui de [shyl](#)'art. 5 LMI, et qui ne prévoient [shyd](#)'ouverture des marchés [shyl](#)-qu'en faveur des seuls soumissionnaires des cantons parties et seulement dans la mesure où la réciprocité est assurée, sont contraires sur ce point à la LMI (CLERC, *Marchés*, p. 439). Les réglementations cantonales peuvent abaisser les valeurs seuils déterminantes selon [shyl](#)'AIMP pour le choix des différentes procédures de passation, pour les marchés non soumis aux traités internationaux ; toutefois, ils ne peuvent imposer dans un tel cas une réserve de réciprocité (art. 12^{bis} III AIMP ; Message-type AIMP ad art. 12^{bis}).

119 [style-vj=1](#) Toute restriction à [shyl](#)'accès aux marchés publics non justifiée par [shyl](#)'art. 3 LMI constitue une violation de la LMI. Dès lors que cette loi est calquée sur le modèle du marché intérieur de [shyl](#)'Union européenne, on peut se référer, par analogie, aux cas dans lesquels la Commission européenne ou la CJUE ont constaté que des marchés publics avaient été passés en **violation des règles du TFUE** prescrivant la libre circulation des marchandises (art. 34 TFUE), la libre prestation de services (art. 56 TFUE), la liberté [shyd](#)'établissement (art. 49 TFUE) ou la libre circulation des travailleurs (art. 45 TFUE) (Mess-LMI, p. 1216-1223 ; MICHEL, *Marchés publics*, p. 2-32 ; *supra* N 15-19).

120 [style-vj=1](#) Tout type [shyd](#)'exclusion ou de préférence en fonction du **lieu de domicile ou [shyd](#)'établissement** est exclu (art. 3 II/c LMI). Un pouvoir adjudicateur cantonal ne peut pas poser comme critère [shyd](#)'aptitude celui du domicile ou établissement dans le canton, ni de [shyl](#)'inscription dans le registre du commerce cantonal, ni, *a fortiori*, celui [shyd](#)'un tel domicile durant plusieurs années. [shyl](#)L'exigence que le soumissionnaire paie ses **impôts** dans le canton

adjudicateur viole la LMI, [shy](#)qu'elle constitue un critère [shyd](#)'aptitude ou un critère [shy-](#) d'adjudication dans le cadre de [shyl](#)'appréciation de [shyl](#)'offre économiquement la plus avantageuse (Publ. CC 1988, p. 198-200 ; ZWALD, BGBM,, p. 439, N 110 ; SCHEIDEGGER, Binnenmarkt, p. 194 s. ; CLERC, Marchés, p. 9 ; voir les jurisprudences cantonales résumées in DC 2000/2, S12-16, p. 58 s.).

[style-vj=1](#)Il est exclu de tenir compte au titre des critères [shyd](#)'adjudication de [shy-](#) 121 l'emplacement géographique ou de [shyl](#)'origine des candidats, à moins que des motifs impératifs ne le justifient, par exemple lorsqu'une **connaissance des lieux** (« *Örtlichkeitskenntnisse* ») [shys](#)'avérerait indispensable pour le marché en cause (CRM, JAAC 1999/63 n° 16, c. 6c). Un critère fondé sur la connaissance des lieux doit être justifié par les circonstances du marché en cause et doit être interprété restrictivement (justification refusée dans le cas [shyd](#)'un marché de ramassage des ordures communales, voir TF, DEP 2000, p. 613, c. 5a). Dans le même sens, la **disponibilité rapide du soumissionnaire**, du fait [shy](#)qu'il dispose de points de contact proches du lieu [shyd](#)'exécution du marché, peut constituer un moyen indirect de favoriser les soumissionnaires locaux. Ce critère [shyn](#)'est admissible que [shys](#)'il est indispensable à la bonne exécution du marché en cause, par exemple lorsqu'il [shy-](#) s'agit [shyd](#)'un marché de services de longue durée et/ou pour lequel le soumissionnaire doit assurer un service de maintenance après-vente (TA ZH, BEZ 1999/2, n° 15).

Est également discriminatoire [shyl](#)'exigence pour les soumissionnaires [shyd](#)'être inscrits sur le 122 **registre professionnel** cantonal, laquelle présuppose un domicile dans le canton (MICHEL/ZUFFEREY, Registre, p. 11-14 ; COTTIER/CAPLAZI, Spannungsfelder, p. 269 ; en droit de [shyl](#)'Union européenne, une exigence [shyd](#)'inscription à [shyl](#)'ordre professionnel dans [shy-](#) l'Etat du pouvoir adjudicateur constitue une restriction à la libre prestation de services : CJCE, arrêt *Commission c/France* du 26.09.2000, aff. C-225/98, Rec. 2000, p. I-7445, pt 87 ; arrêt *Josef Corsten* du 03.10.2000, aff. C-58/98, Rec. 2000, p. I-7919). Les pouvoirs adjudicateurs qui tiennent des listes permanentes de soumissionnaires qualifiés ont [shyl](#)'obligation de reconnaître la qualification des soumissionnaires figurant sur des listes correspondantes tenues par des pouvoirs adjudicateurs [shyd](#)'autres cantons (art. 13/e AIMP ; art. 22 Directives AIMP ; en droit de [shyl](#)'Union européenne, CJCE, arrêt *CEI et Bellini* du 09.07.1987, aff. jtes 27-29/86, Rec. 1987, p. 3347, pts 22-28).

Un pouvoir adjudicateur ne peut pas limiter [shyl](#)'accès à un marché aux soumissionnaires 123 provenant [shyd](#)'une **région particulière de son canton**, par exemple en raison [shyd](#)'un retard dans le développement économique ou [shyd](#)'un fort taux de chômage régional. Même si une telle préférence pénalise aussi les soumissionnaires du canton en cause non établis dans la région, il [shyn](#)'en demeure pas moins [shy](#)qu'elle défavorise tous les soumissionnaires

extérieurs au canton et [shy](#) qu'elle favorise uniquement des soumissionnaires cantonaux (par analogie en droit de [shy](#) l'Union européenne, CJCE, arrêt *Du Pont de Nemours* du 20.03.1990, aff. C-21/88, Rec. 1990, p. I-889 ; arrêt *Commission c/Italie* du 03.06.1992, aff. C-360/89, Rec. 1992, p. I-3401). Des critères [shy](#) d'aptitude favorisant les soumissionnaires provenant - [shy](#) d'une région particulière du canton du pouvoir adjudicateur, pour des motifs de politique régionale ou de politique de [shy](#) l'emploi, constituent des restrictions non justifiées par un intérêt public prépondérant selon [shy](#) l'art. 3 LMI (COTTIER/MERKT, Beschaffungswesen, p. 57).

- 124 Est aussi discriminatoire [shy](#) l'exigence que le **capital social** de [shy](#) l'entreprise soumissionnaire soit détenu en totalité ou en majorité par des personnes physiques ou morales établies dans le canton ou la commune du pouvoir adjudicateur ou par le canton ou la commune même (CJCE, arrêt *Commission c/Italie* du 05.12.1989, aff. C-3/88, Rec. 1989, p. 4035 ; arrêt *Commission c/Italie* du 26.04.1994, aff. C-272/91, Rec. 1994, p. I-1409).
- 125 [style-top=5.2pt](#) Une **préférence de prix**, de 5 % par exemple, en faveur des soumissionnaires locaux constitue un critère [shy](#) d'adjudication discriminatoire (TA AG 09.09.1997, AGVE 1997, p. 361, c. b/bb), **même** [shy](#) s'il [shy](#) n'est appliqué que comme **critère secondaire** en cas [shy](#) d'offres pratiquement équivalentes (après application des critères principaux [shy](#) d'adjudication). Cette pratique, largement répandue sous [shy](#) l'empire de [shy](#) l'ancien droit sur les marchés publics (voir la casuistique citée par MICHEL, Construction, N 1982-1989), constitue une discrimination formelle contraire aux art. 3 et 5 LMI (TA GR 09.02.1999 ; CLERC, Marchés, p. 9 ; M. WAGNER in : DC 1999/2, p. 52 ; LANG, Offertenbehandlung, p. 243 ; ZWALD, BGBM, p. 439, N 110 ; *contra* TA FR 11.07.2000, RDAF 2000, p. 345, c. 5). La prise en compte du fait [shy](#) qu'un soumissionnaire paie ses impôts dans le canton ou la commune du pouvoir adjudicateur constitue aussi une discrimination, sous la forme [shy](#) d'une préférence de prix déguisée (*supra* N 120).
- 126 Constitue une discrimination [shy](#) l'exigence [shy](#) d'employer un **pourcentage minimal de produits indigènes ou de travailleurs locaux** (en droit de [shy](#) l'Union, voir CJCE, arrêt *Commission c/Danemark* du 22.06.1993, aff. C-243/89, Rec. 1993, p. I-3353 ; pour comp., art. III § 2/b AMP ; SENTI/BALTENSPERGER, Binnenmarkt, p. 110-120 ; ZEN-RUFFINEN, Marchés publics, p. 13 ; BOCK, Vergaberecht, p. 42 ; CLERC, Marchés, p. 10 s.). Est aussi discriminatoire [shy](#) l'imposition [shy](#) d'une **norme technique** locale alors [shy](#) qu'existe une norme internationale ou suisse, ou [shy](#) l'imposition [shy](#) d'une marque déterminée de produit, en particulier fabriqué localement (voir en droit de [shy](#) l'Union européenne, CJCE, arrêt *Commission c/Irlande* du 22.09.1987, aff. 45/87, Rec. 1988, p. 4929 ; arrêt *Commission c/Espagne* du 17.11.1993, aff. C-71/92, Rec. 1993, p. I-5923 ; arrêt *Commission c/Pays-Bas* du 24.01.1995, aff. C-359/93,

Rec. 1995, p. I-157 ; arrêt *Commission c/Autriche* du 28 octobre 1999, aff. C-328/96, Rec. 1999, p. I-7479, pts 68, 78 et 79 ; pour comp. art. VI §§ 1-3 AMP ; art. 13/b AIMP ; § 15 Directives AIMP ; CLERC, *Marchés*, p. 35). La référence à un **système de certification de qualité très particulier**, émanant [shy](#)d'un organisme professionnel national, constitue une discrimination indirecte, et donc une restriction à la libre prestation de services, même si des certificats équivalents sont admis. [shy](#)L'utilisation de ces références particulières favorise en effet les entreprises nationales qui ont connaissance de ces spécifications techniques et peuvent immédiatement en déceler [shy](#)l'importance, ce qui leur permet [shy](#)d'offrir des productions ou prestations conformes aux références. En revanche, ces spécifications ont un effet dissuasif envers les soumissionnaires étrangers pour qui il est plus difficile de déposer des offres dans le bref délai imparti, puisqu'ils doivent [shy](#)d'abord [shys](#)'informer auprès du pouvoir adjudicateur sur [shy](#)l'objet et le contenu de ces référé[shy](#)rences (CJCE, arrêt *Commission c/France* du 26.09.2000, aff. C-225/98, Rec. 2000, p. I-7445, pts 80-84). Ainsi, les critères d'aptitude et les moyens de preuve y relatifs limitent nécessairement le cercle des soumissionnaires potentiels à ceux capables d'exécuter le marché avec le niveau de qualité demandé. Une telle restriction est licite aussi longtemps que ces critères ont un rapport suffisant avec l'objet du marché et qu'ils ne sont formulés en vue d'évincer par avance certains soumissionnaires potentiels. Le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans la définition de l'**objet du marché, dans le choix et la formulation des critères d'aptitude et moyens de preuve, ainsi que des critères d'adjudication**. Dans le cadre de cette définition, il doit prendre en compte non seulement une utilisation économique des fonds publics (art. 1 I/c LMP), mais aussi la concurrence entre les soumissionnaires (art. 1 I/b LMP ; art. 11/b AIMP), et par conséquent les effets des exigences posées dans l'appel d'offres sur le cercle des soumissionnaires potentiels. En conséquence, des critères d'aptitude ou moyens de preuve y relatifs qui, sans justification prépondérante, limitent à ce point le nombre de soumissionnaires potentiels qu'il ne subsiste pas de **concurrence (résiduelle) suffisante** constituent une restriction excessive de la concurrence, et par conséquent de l'accès au marché garanti par l'art. 5 LMI (TAF, arrêt du 29.09.2010, B-1470/2010, c. 2 et 6).

[style-top=5.2pt](#)Le principe de [shy](#)l'égalité de traitement des soumissionnaires (ou [shy](#) 127 l'interdiction corrélative de discrimination), qui constitue [shy](#)l'essence même de la réglementation en matière de marchés publics, [shys](#)'oppose à ce [shy](#)qu'un pouvoir adjudicateur prenne en compte une **offre non conforme au cahier des charges**, alors que la faculté de soumettre des variantes [shyn](#)'était pas réservée par [shy](#)l'appel [shyd](#)'offres. Il [shys](#)'oppose aussi à ce que des négociations soient menées par le pouvoir adjudicateur qui aboutissent à des modifications au cahier des charges en faveur [shyd](#)'un seul soumissionnaire et qui portent sur

des prescriptions fondamentales du cahier des charges pouvant avoir une incidence sur les prix (CJCE, arrêt *Commission c/Danemark* du 22.06.1993, aff. C-243/89, Rec. 1993, p. I-3353, pts 37-44). La conformité de [shyl](#)'offre aux conditions [shyd](#)'appel [shyd](#)'offres, et en particulier aux spécifications techniques du marché, constitue un critère préalable [shyd](#)'adjudication, inhérent à toute procédure de passation de marché, [shyqu](#)'il figure ou non expressément dans les critères [shyd](#)'adjudication énoncés par le pouvoir adjudicateur pour un marché particulier (« adéquation de la prestation » selon [shyl](#)'art. 21 I LMP). En conséquence, une offre qui est incomplète ou ne correspond pas aux conditions de [shyl](#)'appel [shyd](#)'offres doit en principe être exclue (art. XIII § 4/a et c AMP). Il faut tout au plus réserver les cas dans lesquels les divergences par rapport aux conditions de mise en soumission [shys](#)'avéreraient minimales ainsi que les cas où les conditions de [shyl](#)'appel [shyd](#)'offres seraient illégales ou constitueraient un formalisme excessif. Le respect des exigences de la mise en soumission [shys](#)'impose aussi bien aux soumissionnaires [shyqu](#)'au pouvoir adjudicateur. Cette règle est nécessaire pour vérifier [shyl](#)'adéquation de [shyl](#)'offre par rapport à [shyl](#)'objet du marché et [shyl](#)'existence éventuelle [shyd](#)'un prix anormalement bas, pour garantir une comparaison objective entre les offres soumises et pour assurer le respect du principe [shyd](#)'égalité de traitement des soumissionnaires. Admettre le contraire permettrait *de facto* au pouvoir adjudicateur ou à un soumissionnaire de modifier *a posteriori* [shyl](#)'objet du marché tel que défini dans [shyl](#)'appel [shyd](#)'offres et la documentation relative à ce dernier (art. IX § 6 et art. XII § 2 AMP) (CRM, JAAC 1998/62 n° 32 II, c. 3a ; CRM, JAAC 2001/65 n° 78, c. 3a ; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Beschaffungswesen, N 400). Le Tribunal fédéral tolère assez largement les approches restrictives des cantons en matière d'exclusion des offres incomplètes ou déposées hors délai, sans possibilité de correction (TF, arrêt du 30.04.2010, 2C_197/2010 et 2C_198/2010, c. 6.1-6.3 ; de même : TAF, arrêt du 13.07.2011, B-4860/2010, c. 3 ; arrêt du 24.02.2010, B-4366/2009, c. 2.2-6).

128 En revanche, un soumissionnaire est libre de [shys](#)'écarter dans une **variante** des conditions techniques, systèmes de construction ou procédés de fabrication figurant dans le cahier des charges, à moins que cette faculté [shyn](#)'ait été exclue ou restreinte dans [shyl](#)'appel [shyd](#)'offres (art. 22 II OMP). Le pouvoir adjudicateur peut soit imposer des variantes prédéfinies, soit interdire les variantes, soit les restreindre – en particulier en leur imposant des contraintes sous la forme [shyd](#)'exigences minimales à respecter impérativement –, soit [shyn](#)'émettre aucune réserve en laissant les soumissionnaires totalement libres. Les variantes libres, dues à la seule initiative du soumissionnaire, peuvent porter tant sur la conception que sur [shyl](#)'exécution du marché, quelle que soit la portée des modifications techniques qui, en cas [shyd](#)'acceptation, seraient apportées au projet de base. La variante libre [shyn](#)'est pas limitée à [shyl](#)'objet décrit

par le cahier des charges, mais au but poursuivi par le pouvoir adjudicateur (HÜRLIMANN, *Unternehmervarianten*, p. 3 s.). Une variante libre est toutefois soumise à deux conditions. - [shyD](#)'une part, [shyl](#)'adéquation de la variante par rapport à [shyl](#)'objet du marché impose que la variante respecte les éventuelles conditions minimales impératives fixées dans le cahier des charges. [shyD](#)'autre part, les caractéristiques techniques de la variante [shy](#)doivent être fonctionnellement équivalentes aux spécifications techniques exigées de [shyl](#)'offre de base, eu égard au but assigné à [shyl](#)'objet du marché. Le fardeau de la preuve du respect de ces deux conditions repose sur le soumissionnaire. Les règles sur le fardeau de la preuve doivent [shy](#)s'appliquer conformément au principe de la bonne foi et à celui de la transparence qui prescrivent que les soumissionnaires connaissent à [shyl](#)'avance, en tout cas avant le délai de dépôt des offres, toutes les informations minimales et utiles pour leur permettre de présenter une offre valable et correspondant pleinement aux exigences posées par le pouvoir adjudicateur (ATF 125 II 86, c. 7c). [shyL](#)'adéquation des variantes par rapport à [shyl](#)'objet du marché est vérifiée dans le cadre de [shyl](#)'épuration des offres. Une variante libre qui [shyn](#)'est pas fonctionnellement équivalente aux spécifications techniques de [shyl](#)'offre de base ou à des exigences techniques minimales impératives formulées dans le cahier des charges, doit être écartée comme non conforme à [shyl](#)'objet du marché. [shyS](#)'il ressort au contraire de la phase [shyd](#)'épuration [shy](#)qu'une variante, tout en étant adéquate par rapport à [shyl](#)'objet du marché, semble qualitativement moins bonne que certaines offres de base déposées, [shyl](#)'évaluation de la variante doit être poursuivie au regard des critères [shyd](#)'adjudication publiés. Dans [shy](#)-l'évaluation des offres de base et des variantes, le pouvoir adjudicateur doit respecter, à tous les stades, tant le principe [shyd](#)'égalité de traitement des soumissionnaires que celui de la transparence (CJCE, arrêt *Commission c/Belgique* du 25.04.1996, aff. C-87/94, Rec. 1996, p. I-2043, pt 54 ; GAUCH/STÖCKLI, *Marchés publics*, N 19.4) (en général sur [shyl](#)'appréciation des variantes, voir CRM, JAAC 2001/65 n° 78, c. 3a ; TA ZG, 24.09.1998, c. 4, non publié, citant DC 1997/2, p. 52, n° 130, Rem. 2 ; TA LU, 26.07.1999, LGVE 1999 II n° 19, p. 221 ss, c. 4b).

[style-top=5.2pt](#)En droit de [shyl](#)'Union, le fait [shy](#)qu'un pouvoir adjudicateur admette à 129 participer à une procédure de passation de marché public des organismes qui reçoivent, de lui-même ou [shyd](#)'autres pouvoirs adjudicateurs, des **subventions**, quelle [shy](#)qu'en soit la nature, permettant à ces organismes de faire des offres à des prix sensiblement inférieurs à ceux des soumissionnaires qui ne bénéficient pas de telles subventions, ne constitue ni une discrimination déguisée ni une restriction à [shyl](#)'accès au marché contraire à la libre prestation de services. En particulier, la Cour de justice a jugé que les aides sont octroyées par nature aux entreprises installées sur le territoire de [shyl](#)'Etat membre qui les dispense, de sorte que [shy](#)-

l'inégalité de traitement qui en découle pour les entreprises [shyd](#)'autres Etats membres est inhérente à la notion [shyd](#)'aide [shyd](#)'Etat (CJCE, arrêt *ARGE Gewässerschutz* du 07.12.2000, aff. C-94/99, Rec. 2000, p. I-11037, pts 36-38). Cette jurisprudence de [shyl](#)'Union est difficilement transposable dans le marché intérieur suisse. En droit de [shyl](#)'Union, le pouvoir adjudicateur peut exclure un soumissionnaire qui a reçu une aide non conforme aux art. 107-108 TFUE et dont la santé financière serait mise en danger par [shyl](#)'obligation de restituer [shyl](#)'aide illégalement perçue, de sorte que ce soumissionnaire [shyn](#)'offrirait pas les garanties financières ou économiques requises (CJCE, arrêt *ARGE Gewässerschutz* du 07.12.2000, aff. C-94/99, Rec. 2000, p. I-11037, pt 30). De plus, [shyl](#)'égalité de traitement des soumissionnaires est protégée dans [shyl](#)'UE par la faculté pour le pouvoir adjudicateur de rejeter une **offre anormalement basse** en raison de [shyl](#)'octroi [shyd](#)'une aide [shyd](#)'Etat illégale. Le pouvoir adjudicateur ne peut pas exclure automatiquement une telle offre, mais il a [shyl](#)'obligation de consulter le soumissionnaire en lui impartissant un délai suffisant pour démontrer que [shyl](#)'aide a été octroyée légalement. Le pouvoir adjudicateur qui rejette une offre dans ces conditions en informe en outre la Commission (art. 55 § 1 pt e et § 3 Directive classique 2004/18 ; art. 57 § 1 pt e et § 3 Directive secteurs 2004/17). Ces moyens indirects [shyd](#)'assurer [shyl](#)'égalité de traitement des soumissionnaires par le biais de la réglementation sur les aides [shyd](#)'Etat font défaut en Suisse. Le soumissionnaire subventionné ayant déposé une offre apparemment exceptionnellement basse pourrait de plus justifier de sa capacité à exécuter le marché (art. XIII § 4/a AMP) en démontrant que le prix offert résulte des conditions exceptionnellement favorables dont il dispose du fait de la subvention. Le Tribunal administratif de Zurich a ainsi jugé que le fait [shy](#)qu'un soumissionnaire bénéficie [shyd](#)'un remboursement de ses frais fixes par une collectivité publique doit conduire à une correction correspondante du prix de [shyl](#)'offre de ce soumissionnaire. Lorsqu'une entreprise soumissionnaire est exploitée par une collectivité publique ou bénéficie autrement [shyd](#)'importants moyens financiers étas[shy](#)tiques, le calcul de [shyl](#)'offre doit être vérifié afin [shyd](#)'éviter des subventions croisées et de préserver [shyl](#)'égalité de traitement des soumissionnaires (TA ZH, du 24.11.1999, BEZ 2000 n° 9, c. 7c). En revanche, le Tribunal administratif de Bâle-Campagne a jugé que rien ne [shys](#)'oppose à la participation comme soumissionnaire [shyd](#)'une institution publique ou sociale, en [shyl](#)'absence de lacune au sens propre ou impropre dans la réglementation sur les marchés publics (TA BL, du 08.08.2001, BLVGE 2001 n° 22.1.3 et commentaire de H. STÖCKLI in : DC 2/2003, p. 59). Par ailleurs, lorsque la nature et [shyl](#)'importance de la subvention sont telles que le pouvoir adjudicateur contrôle en fait le capital social de [shyl](#)'organisme subventionné ou en finance majoritairement les activités, une « adjudication » à cet organisme ne constitue plus un marché,

faute de convention entre deux entités distinctes, mais constitue une délégation interne à [shy](#)-l'administration (*in house*) ou un acte assimilé (*supra* N 68-76).

b) Transparence

[style-vj=1](#) Les principes d'**égalité de traitement et de non-discrimination** impliquent, 130 notamment, une obligation de **transparence** qui permet au pouvoir adjudicateur [shyd](#)'assurer le respect desdits principes. Cette obligation de transparence incombant au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de **publicité** adéquat permettant une ouverture du marché à la concurrence, ainsi que le **contrôle** de [shyl](#)'impartialité des procédures [shyd](#)'adjudication (CJUE, arrêt *Commission c/Irlande* du 18.11.2010, aff. C-226/09, non encore publiée ; CJCE, arrêt *Parking Brixen* du 13.10.2005, aff. C-458/03, Rec. 2005, p. I-8585, pts 46-50 ; arrêt *ANAV* du 06.04.2006, aff. C-410/04, Rec. 2006, p. I-3303, pts 17-22 ; arrêt *Unitron Scandinavia et 3-S* du 18.11.1999, aff. C-275/98, Rec. 1999, p. I-8291, pt 31 ; arrêt *Telaustria et Telefonadress* du 07.12.2000, aff. C-324/98, Rec. 2000, p. I-10745, pts 61 s. ; Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », JO 2006 C 179/2, dont la validité a été approuvée par Tribunal, arrêt *Commission c/Allemagne* du 20.05.2010, aff. T-258/06, Rec. 2010, p. II-2027). Le principe de transparence implique que toutes les conditions et modalités de la procédure de passation soient formulées de manière claire, précise et univoque, dans l'appel d'offres ou dans le cahier des charges, de façon, d'une part, à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière et, d'autre part, à mettre le pouvoir adjudicateur en mesure de vérifier effectivement si les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant le marché en cause (CJUE, arrêt *Commission c/Pays-Bas* du 10.05.2012, aff. C-368/10, non encore publié, pt 109 ; CJCE, arrêt *Commission c/ CAS Succhi di Frutta* du 29.04.2004, aff. C-496/99 P, Rec. 2004, p. I-3801). [shy](#)L'art. 5 II LMI concrétise ces exigences en prévoyant que les marchés de grande importance doivent faire [shy](#)-l'objet [shyd](#)'une publication qui comporte [shyl](#)'énoncé des critères [shyd](#)'aptitude et [shy](#)-d'adjudication (*infra* N 170), tandis que le contrôle de [shyl](#)'impartialité des procédures [shy](#)-d'adjudication est garanti par la voie de recours instituée par [shyl](#)'art. 9 LMI. Les articles 5 et 9 LMI constituant une réglementation limitée aux principes (*supra* N 36-37), les garanties d'accès au marché, de non-discrimination et de transparence prévues par ces dispositions sont concrétisées par la réglementation intercantonale et cantonale en matière de marchés publics,

qui déterminent de manière plus spécifiques les seuils à partir desquels un marché doit faire l'objet d'un appel d'offres public, le contenu de l'appel d'offres et des documents d'appel d'offres, les exigences relatives aux critères d'aptitude et d'adjudication, etc. En conséquence, une violation des règles de l'AIMP et du droit cantonal en matière de marchés publics constitue simultanément une violation des garanties prévues par l'art. 5 LMI.

c) Critères environnementaux et sociaux

131 [style-top=5.2pt](#)L'utilisation de critères **sociaux** ou **environnementaux** ou promouvant l'**innovation** pour [shy](#)l'attribution [shyd](#)un marché public est assujettie à quatre conditions. (1) Sous [shy](#)l'angle de la réglementation relative aux marchés publics, les critères imposés par le pouvoir adjudicateur doivent être liés à [shy](#)l'objet du marché, dans la mesure où ils doivent permettre d'évaluer le niveau de performance présenté par chaque offre par rapport à l'objet du marché ainsi que de mesurer le rapport qualité/prix de chaque offre. Ces critères peuvent concerner soit les spécifications techniques, soit les critères [shyd](#)aptitude économique, technique ou financière des soumissionnaires, soit les qualités économiques ou autres inhérentes à la prestation faisant [shy](#)l'objet du marché (critères [shyd](#)adjudication), soit les modalités d'exécution du marché. (2) Conformément aux principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence, ces critères ne doivent pas donner au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix, de sorte qu'ils doivent être objectifs, spécifiques et quantifiables, et [shy](#)qu'ils doivent être assortis de moyens de contrôle effectifs des offres quant au respect desdits critères. Cette exigence assure que la comparaison et l'évaluation des offres se fassent de manière objective, et donc dans des conditions de concurrence effective. (3) Une transparence adéquate doit être assurée, ce qui exige que les critères soient mentionnés dans l'appel [shyd](#)offres ou le cahier des charges et y soient formulés de façon, d'une part, à permettre à tous les soumissionnaires potentiels raisonnablement informés et normalement diligents d'en connaître la portée exacte et donc de les interpréter de la même manière et, d'autre part, à mettre le pouvoir adjudicateur en mesure de vérifier effectivement si les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant le marché en cause. (4) Les critères doivent respecter les principes fondamentaux du droit des marchés publics, notamment en [shy](#)n'ayant pas [shyd](#)incidence discriminatoire, directe ou indirecte, à [shy](#)l'égard des soumissionnaires extérieurs (CJUE, arrêt *Commission c/Pays-Bas* du 10.05.2012, aff. C-368/10, non encore publié, pts 84-88 ; CJCE, arrêt *EVN et Wienstrom* du 04.12.2003, aff. C-448/01, Rec. 2003 p. I-14527, pts 30-71 ; arrêt *Concordia Bus Finland* du 17.09.2002, aff. C-513/99, Rec. 2002, p. I-7213, pts 54-69 ; arrêt *Beentjes* du 20.09.1988, 31/87, Rec. 1988,

p. 4635, pts 28-32 et 36 ; arrêt *Commission c/France* du 26.09.2000, aff. C-225/98, Rec. 2000, p. I-7445, pts 48-54 ; EGGER, Vergaberecht, N 1316-1337). Dans ces limites, les marchés publics constituent une certaine forme [shyd](#)'orientation indirecte de [shyl](#)'action des opérateurs économiques. Une interdiction *per se* absolue des critères sociaux ou environnementaux comme étant « **étrangers** » aux marchés publics (« *vergabefremd* ») est, à notre avis, injustifiée (en faveur [shyd](#)'une exclusion, [shyl](#)'avis du Secrétariat de la Comco du 04.08.1997 sur le projet de loi jurassienne, cité par ZÄCH, Rolle, p. 78). Dans l'UE, la Cour de justice a souligné que les critères d'attribution peuvent être non seulement économiques, mais aussi qualitatifs, de sorte que des critères environnementaux ou sociaux sont admissibles, lorsqu'ils répondent aux conditions précitées (CJUE, arrêt *Commission c/Pays-Bas* du 10.05.2012, aff. C-368/10, non encore publié, pts 84 ss). Au titre de [shyl](#)'art. 3 III LMI, ce [shyn](#)'est pas le risque [shyd](#)'abus – qui existe toujours – qui est déterminant, mais uniquement la question de savoir si le critère en cause constitue un obstacle déguisé à [shyl](#)'accès au marché, destiné à favoriser les intérêts économiques locaux (voir aussi art. III AMP ; COTTIER/CAPLAZI, Spannungsfelder, p. 269-271). Des critères sociaux ou environnementaux peuvent être utilisés non seulement lorsque la loi contient une habilitation expresse à cet effet (par exemple la protection des travailleurs et des conditions de travail, [shyl](#)'égalité de traitement entre femmes et hommes, la formation des jeunes, la protection de [shyl](#)'environnement ; voir GAUCH/STÖCKLI, Marchés publics, N 12.2-12.4), mais aussi, plus largement, lorsqu'ils constituent des spécifications techniques, des critères [shyd](#)'aptitude ou des critères [shyd](#)'adjudication ou des conditions d'exécution du marché et qu'ils répondent aux quatre conditions susmentionnées.

[style-top=5.2pt](#)La prise en considération [shyd](#)'objectifs sociaux ou environnementaux ou de 132 promotion de [shyl](#)'innovation dans [shyl](#)'attribution de marchés publics doit faire [shyl](#)'objet [shyd](#)'un examen de **cas en cas**. Dans la mesure où les principes qui sous-tendent le droit des marchés publics sont similaires en droit de l'Union et en droit suisse, en raison notamment des accords internationaux communs à ces deux ordres juridiques, il est utile de se référer à la jurisprudence de la Cour de justice et aux communications de la Commission européenne (Communication sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités [shyd](#)'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés, COM[2001] 274, JO 2001 C 333/12 ; Communication relative à des marchés publics pour un environnement meilleur, COM[2008] 400 du 16.07.2008 ; *Acheter vert – Manuel sur les marchés publics écologiques*, 2^e éd., 2011, <http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/gpp/buying_green_handbook_en.pdf> ; Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités [shyd](#)'intégrer des aspects sociaux dans lesdits

marchés, COM[2001] 566, JOCE 2001 C 333, p. 27 ; Commission européenne, Acheter social, un guide sur les appels [shyd](#)'offres publics avec clauses de responsabilité sociale, octobre 2010 ; SEC[2010] 1258 ; Communication « Achats publics avant commercialisation : promouvoir [shyl](#)'[instyle-break=hyphen](#)novation pour assurer des services publics durables et de qualité en Europe », COM[2007] 799 ; ARROWSMITH, Utilities, N 19.37 ; BOVIS, Case Law, N 9.40-9.48 ; TREPTE, Public, N 5.40-5.45 ; RUST, GWB, p. 453-457 ; RUST, Vergaberecht, p. 205-208 ; RITTNER, Vergaberecht, p. 677-680 ; LANG, Offertenbehandlung, p. 244 s. ; COM[96] 583, pts 5.38 à 5.53 ; COM[1998] 143, pts 4.3 et 4.4). Les propositions de nouvelles directives marchés publics, adressées par la Commission au Parlement et au Conseil en décembre 2011, accordent aussi un rôle accru aux critères environnementaux et sociaux ainsi qu'à l'innovation (COM[2011]896 et COM[2011] 895 du 20.12.2011). Nous formulons ici quelques considérations générales :

- Le pouvoir adjudicateur peut inclure des **spécifications techniques à caractère écologique**, pour autant qu'elles respectent les quatre conditions susmentionnés, et en particulier qu'elles portent sur des caractéristiques en lien avec l'objet du marché et qu'elles ne constituent pas un obstacle injustifié à l'accès au marché. Les spécifications techniques peuvent être formulées en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, lesquelles peuvent inclure des caractéristiques environnementales. Ainsi, un pouvoir adjudicateur peut exiger que le thé et le café, destinés à être utilisés dans les distributeurs automatiques de boissons, soient issus d'un mode de production biologique. L'appel d'offres ou le cahier des charges peut se référer aux critères sous-jacents à un label écologique pour établir les caractéristiques spécifiques que doit remplir un produit, mais il ne peut pas ériger l'éco-label comme tel en spécifications techniques (même avec la mention « ou équivalent »). En revanche, il est possible de prévoir que les produits munis d'un certain éco-label sont présumés remplir les spécifications techniques formulées, pour autant que tout autre moyen de preuve approprié soit aussi accepté (art. 23 § 6 de la Directive classique 2004/18 ; CJUE, arrêt *Commission c/Pays-Bas* du 10.05.2012, aff. C-368/10, non encore publié, pts 61-70 ; considérant 28 du préambule et art. 40 § 3a et 41 de la proposition de nouvelle Directive classique, COM(2011) 896, et p. 11 du rapport explicatif y relatif). De même, [shyl](#)'acceptation de variantes contenant des pièces reconditionnées ou des matériaux recyclés, alors que les performances techniques de ces produits répondent aux exigences définies dans le cahier des charges, encouragent le développement [shyd](#)'une approche active des entreprises vis-à-[shyl](#)vis de [shyl](#)'environnement. Tel est aussi le cas des spécifications techniques liées à un stade quelconque du cycle de vie des produits ou services ou travaux (art. 40 § 1 al. 2 et art. 2 pt 22 de la proposition de nouvelle Directive classique, COM[2011] 896). Les

spécifications techniques s'attachent aux caractéristiques de produits eux-mêmes, de leur fabrication, de leur emballage ou de leur utilisation, et non aux conditions dans lesquelles le fournisseur les a acquis du producteur. En conséquence, l'exigence que le café et le thé faisant l'objet du marché soient munis du label Max Havelaar – qui désigne des produits issus du commerce équitable, achetés à des organisations de petits producteurs de pays en développement à un prix et à des conditions favorables par rapport à ceux déterminés par le jeu du marché – ne constitue pas une spécification technique, mais une « condition d'exécution du marché » (CJUE, arrêt *Commission c/Pays-Bas* du 10.05.2012, aff. C-368/10, non encore publié, pts 73-76).

- Les **critères [shy](#)d'aptitude** ne peuvent incorporer des préoccupations sociales ou environnementales (p. ex. [shy](#)l'exigence [shy](#)d'un système de management environnemental selon la norme ISO 14001), que pour autant que celles-ci servent à tester les capacités économiques, techniques et financières des soumissionnaires et [shy](#)qu'elles soient justifiées au regard de l'objet du marché (ég. D. ESSEIVA, Note 1, DC 2000/2, p. 56 s. ; art. 56 et 61 de la proposition de nouvelle Directive classique, COM[2011] 896). La Cour de justice a considéré illicite l'exigence que les soumissionnaires respectent des critères de durabilité des achats et de responsabilité sociale des entreprises, car un tel critère d'aptitude ne vise pas à évaluer les capacités techniques et professionnelles des soumissionnaires (CJUE, arrêt *Commission c/Pays-Bas* du 10.05.2012, aff. C-368/10, non encore publié, pts 98-108). En outre, une telle exigence viole le principe de transparence, car elle ne présente pas le degré de clarté, de précision et d'univocité tel que tout soumissionnaire raisonnablement informé et normalement diligent puisse savoir de manière certaine et complète quels sont les critères que recouvre cette exigence (CJUE, arrêt *Commission c/Pays-Bas* du 10.05.2012, aff. C-368/10, non encore publié, pts 109-111). Selon [shy](#)l'objet du marché et les circonstances propres au soumissionnaire en cause, de mauvaises conditions sociales au sein de [shy](#)l'entreprise peuvent se refléter dans un **turnus élevé** au sein des collaborateurs qui affecte négativement la capacité technique du soumissionnaire à exécuter le marché, alors que des conditions de travail favorables peuvent influencer positivement sur la qualité du service offert.
- Le pouvoir adjudicateur peut ou doit, dans certaines conditions, **exclude** les soumissionnaires qui violent les règles en matière de protection sociale (versement des cotisations aux assurances sociales, respect des conditions [shy](#)cales de travail), y incluses celles relatives à la protection de [shy](#)l'égalité de traitement [shy](#)femmes-hommes (art. 11/c et d, art. 8 I/b et c et 8 II LMP ; art. 11/e et f AIMP), ou les réglementations (nationales ou internationales) dans les domaines du droit du travail, du droit de la santé et sécurité au travail, ou du droit de la protection de [shy](#)l'environnement (ég. considérants 34 et 42 et

art. 55 § 2 et 3a de la proposition de nouvelle Directive classique COM(2011) 896). Les pouvoirs adjudicateurs doivent aussi exclure les **offres qui sont anormalement basses** parce qu'elles ne respectent pas les réglementations nationales ou internationales en matière de droit social et du travail ou de droit environnemental (art. 69 § 4 al. 2 de la proposition de nouvelle Directive classique, COM[2011] 896).

- Lorsque le marché doit être exécuté, en tout ou en partie, au lieu du siège du pouvoir adjudicateur, celui-ci peut imposer des **conditions d'exécution du marché** à caractère environnemental ou social, pour autant que ces conditions soient non discriminatoires, qu'elles soient liées à l'objet du marché et connues [shyd](#)'avance par tous les soumissionnaires au travers de [shy](#)l'appel [shyd](#)'offres. Les conditions d'exécution peuvent notamment avoir pour objet la formation professionnelle sur le chantier, la lutte contre le chômage, l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, la protection de l'environnement ou du bien-être animal ou les conditions de travail pratiquées par le producteur ou le fournisseur. Il peut par exemple s'agir de l'obligation, durant l'exécution du marché, de recruter des chômeurs de longue durée, ou de mettre en œuvre des actions de formation pour les jeunes ou les chômeurs ou de respecter en substance les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (considérant 43 du préambule et art. 70 de la proposition de nouvelle Directive classique, COM(2011) 896 ; en Suisse, p.ex. art. 6 OMP ; au surplus, voir *infra* N 145-167). La CJUE a jugé [shy](#)qu'un pouvoir adjudicateur peut imposer comme critère [shyd](#)'adjudication l'**emploi de chômeurs** de longue durée ou une action de lutte contre le chômage, pour autant que ce critère ait été publié et soit appliqué de manière non discriminatoire (CJCE, arrêt *Commission c/France* du 26.09.2000, aff. C-225/98, Rec. 2000, p. I-7445, pts 48-54). En Suisse, le Secrétariat de la Comco considère comme contraire à la LMI un critère lié à la formation d'**apprentis** (ZÄCH, Rolle, p. 78), alors que le Tribunal administratif zurichois a laissé la question ouverte, pour autant en tout cas [shy](#)qu'une telle exigence soit appliquée de la même manière à tous les soumissionnaires établis en Suisse (TA ZH, 03.11.1999, BEZ 1999 n° 37, c. 5 *i.f.*). Il ne peut [shys](#)'agir [shyd](#)'un critère [shyd](#)'aptitude, mais seulement [shyd](#)'adjudication (TA AG 28.05.1999 et 15.09.1999, DC 2000/2, S17 et S18, p. 59). Selon le TF, un critère lié à la formation [shyd](#)'apprentis ne doit pas favoriser les grandes entreprises par la fixation [shy](#)-d'un nombre absolu plutôt que relatif. De plus, la pondération de 10 % accordée en [shy](#)-l'espèce au critère de la formation [shyd](#)'apprentis était trop importante par rapport à la pondération du critère du prix qui [shys](#)'élevait à 20 % (ATF 129 I 313).
- Les réglementations en matière de marchés publics énumèrent de manière exemplative les **critères d'adjudication**, qui peuvent être non seulement économiques, mais aussi

qualitatifs. En conséquence, des critères environnementaux ou sociaux sont admissibles, lorsqu'ils répondent aux quatre conditions susmentionnées (CJUE, arrêt *Commission c/Pays-Bas* du 10.05.2012, aff. C-368/10, non encore publié, pts 84 ss). Le considérant 46 du préambule de la Directive classique 2004/18 mentionne [shy](#) qu'un pouvoir adjudicateur peut « utiliser des critères visant à la satisfaction [shyd](#) d'exigences sociales répondant notamment aux besoins – définis dans les spécifications du marché – propres à des catégories de population particulièrement défavorisées auxquelles appartiennent les bénéficiaires/utilisateurs des travaux, fournitures, services faisant [shyl](#) l'objet du marché ». La Cour de justice a admis que de tels critères d'adjudication fondés sur des considérations d'ordre social peuvent aussi concerner d'autres personnes que les utilisateurs ou bénéficiaires de l'objet du marché (CJUE, arrêt *Commission c/Pays-Bas* du 10.05.2012, aff. C-368/10, non encore publié, pt 85). Ainsi, l'exigence que le café et le thé, destinés aux distributeurs automatiques de boissons d'un pouvoir adjudicateur, répondent aux critères sous-jacents aux labels EKO et MAX HAVELAAR constituent des critères écologiques et sociaux admissibles. Les critères sous-jacents au label EKO caractérisent des produits issus de l'agriculture biologique, à savoir un mode de production qui favorise la protection de l'environnement en restreignant l'utilisation de fertilisants et de pesticides. Les critères sous-jacents au label MAX HAVELAAR caractérisent des produits issus du commerce équitable, acquis à des prix et conditions favorables auprès de petits producteurs des pays en développement. Ces critères environnementaux et sociaux concernent uniquement les produits à fournir dans le cadre du marché en cause, sans implication quant à la politique générale d'achat des soumissionnaires. Il n'est pas non plus nécessaire qu'un critère d'adjudication porte sur une caractéristique intrinsèque du produit, c'est-à-dire un élément qui s'incorpore matériellement dans celui-ci, de sorte que rien ne s'oppose en principe à l'exigence qu'un produit soit issu du commerce équitable (CJUE, arrêt *Commission c/Pays-Bas* du 10.05.2012, aff. C-368/10, non encore publié, pts 89-91). De même, la Cour de justice a admis, dans le cadre d'un marché de fourniture d'électricité, un critère d'adjudication consistant dans le fait que l'électricité acquise soit produite à partir de sources d'énergie renouvelables (CJCE, arrêt *EVN et Wienstrom* du 04.12.2003, aff. C-448/01, Rec. 2003 p. I-14527, pt 34). Afin de respecter les principes de transparence, d'égalité et de non-discrimination, le droit de l'Union exige toutefois que les critères environnementaux et sociaux se fondent non pas directement sur des labels, tels que EKO ou MAX HAVELAAR (ou équivalents), mais plutôt sur les critères sous-jacents à la définition de tels labels (CJUE, arrêt *Commission c/Pays-Bas* du 10.05.2012, aff. C-368/10, non encore publié, pts 95-97). Au titre des critères [shyd](#) d'adjudication à caractère environnemental, un pouvoir adjudicateur

peut calculer les coûts sur l'ensemble du cycle de vie des produits, services ou travaux à acheter, en tenant compte de la production, du transport, de l'utilisation, de la maintenance, de l'élimination, du traitement des déchets, du recyclage ou de la déconstruction, voire des coûts environnementaux externes. Un tel critère d'adjudication est en tous cas possible lorsqu'il implique un avantage économique, propre à la prestation faisant [shyl](#)'objet du marché, et au bénéfice direct du pouvoir adjudicateur (p.ex., art. 66 § 1 al. 2, art. 67 et art. 2 pt 22 de la proposition de nouvelle Directive classique, COM[2011] 896).

- Un critère lié à la **distance de transport** entre le lieu de production des fournitures (au siège de [shyl](#)'entreprise) et le lieu de livraison (au siège du pouvoir adjudicateur), sous [shyl](#)'angle de la charge environnementale générée par ce transport, viole en règle générale le principe de [shyl](#)'accès libre et non discriminatoire au marché (art. 3 et 5 LMI), car il discrimine directement les soumissionnaires qui sont établis à une plus grande distance du pouvoir adjudicateur par rapport aux soumissionnaires locaux. Il faut réserver [shyl](#)'hypothèse où le transport entraînerait une augmentation importante des **nuisances** (par exemple pollution de [shyl](#)'air, bruit) **au lieu [shyd](#)'exécution du marché**, [shyc](#)'est-à-[shyd](#)ire pour [shyl](#)-l'environnement local au lieu où les fournitures sont livrées ou à celui où les travaux/services sont exécutés (TA ZH, 15.12.1998, BEZ 1999/19 n° 12, ZBl 2000, p. 255, c. 5a et b ; TA ZH, 03.11.1999, BEZ 1999/19 n° 37, c. 5. [shyD](#)'un avis partiellement contraire, TA AG, 14.10.1997, AGVE 1997 n° 96 ; AT AG, 28.05.1999, DC 2000/2, p. 57). De plus, on ne peut tenir compte de la longueur différente des trajets au titre de la charge environnementale que si le marché en cause implique une **multiplication des courses sur une longue période**, et non si le transport ne joue [shyqu](#)'un rôle accessoire dans [shyl](#)-l'exécution du marché ou [shyn](#)'a lieu [shyqu](#)'une seule fois. Ainsi, le Tribunal fédéral a admis la prise en compte des trajets aller/retour entre le lieu du siège du soumissionnaire et le lieu [shyd](#)'exécution du marché dans un marché [shyd](#)'enlèvement des or[shy](#)dures communales [shyd](#)'une durée prévue de trois ans et qui comportait 250 tournées de ramassage (TF, arrêt du 31.05.2000, DEP 2000, p. 613, c. 4a et b). Si le Tribunal fédéral [shyn](#)'a pas examiné expressément [shyl](#)'existence [shyd](#)'un impact des trajets sur [shyl](#)'environnement local au lieu [shyd](#)'exécution du marché, cette condition était à [shyl](#)'évidence remplie dans cette dernière affaire, car la distance entre le lieu du siège du soumissionnaire et la commune où le ramassage des ordures devait être effectué était courte (21 ou 28 km). Enfin, lorsque le critère des trajets est admissible, il doit être **mis en relation avec les autres éléments qui, dans [shyl](#)'exécution du marché en cause, ont un impact sur [shyl](#)'environnement**. Dans son arrêt précité, le Tribunal fédéral a considéré que la commune avait surestimé [shyl](#)-l'importance des trajets aller/retour effectués sans arrêt et « à vide » par les camions du

soumissionnaire par rapport à la pollution importante résultant de la tournée de ramassage proprement dite qui nécessitait près de 1350 arrêts de chargement et redémarrage des camions. De plus, la commune aurait dû aussi tenir compte du type et de [shyl](#) l'âge des véhicules utilisés, qui jouent un rôle important dans les émissions polluantes (TF, arrêt du 31.05.2000, DEP 2000, p. 613, c. 4b et c). La Commission européenne propose de permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'inclure les coûts environnementaux externes directement liés au **cycle de vie** des produits ou services ou travaux faisant l'objet du marché, comme les émissions polluantes, parmi les critères d'adjudication (art. 66 § 1 al. 2 et 67 de la proposition de nouvelle Directive classique, COM[2011] 896) et/ou de se référer dans les spécifications techniques au processus de production ou de fourniture des produits ou services ou travaux à un quelconque stade de leur cycle de vie (art. 40 § 1 al. 2 de la proposition de nouvelle Directive classique, COM[2011] 896).

[style-top=5.2pt](#) Des critères écologiques ou sociaux liés au **mode de production** des produits 133
ou services au lieu du **siège du soumissionnaire** comportent un important risque de discrimination (en cas [shyd](#) d'exécution du marché au lieu du siège du pouvoir adjudicateur, voir *supra* N 132). Des mesures de protection de la **santé** et de la vie des **personnes** et des **animaux** ou visant à la protection des **végétaux** justifient des dérogations au libre accès au marché, pour autant [shy](#) qu'elles ne soient pas un moyen de discrimination arbitraire, ni ne constituent un obstacle déguisé au commerce (art. XXIII § 2 AMP ; art. 3 II/a et b, art. 3-4 LMI). Plusieurs *panels* OMC ont déjà jugé que des restrictions à [shyl](#) l'importation de certains biens, imposées en raison du fait que leur mode de production dans [shyl](#) l'Etat [shyd](#) d'origine [shyn](#) était pas conforme à une réglementation de [shyl](#) l'Etat [shyd](#) d'importation visant la préservation des espèces et de [shyl](#) l'environnement, étaient disproportionnées et discriminatoires. En revanche, de telles mesures pourraient être admises si elles ne reposaient pas sur une extension unilatérale de la réglementation de [shyl](#) l'Etat [shyd](#) d'importation, mais sur un effort international concerté, par exemple sur un accord international (décision de [shyl](#) l'organe [shyd](#) d'appel OMC, *USA-Import prohibition of certain shrimp and shrimp products*, 12.10.1998, AB-1998-4, WT/DS58/AB/R, §§ 146-186 ; décision *USA-Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, WT/DS381/R (16.05.2012) ; MAVROIDIS, *Environment* p. 73 ss ; KELLER/STOCKER, WTO, p. 472-477 ; INEICHEN-FLEISCH/WERNLI, *Beschaffung*, p. 7). Les mêmes règles devraient valoir sur le plan interne suisse. Les tribunaux suisses ont d'abord suivi une approche restrictive. Le Tribunal administratif zurichois a jugé qu'il [shyn](#) est pas possible [shyd](#) d'accorder une préférence de prix aux entreprises poursuivant des « actions positives » ou une « politique verte », sans relation directe avec le marché en cause. Ainsi, une commune ne peut adjuger un marché pour la fourniture de copeaux de bois

de chauffage à une entreprise locale, plus chère, qui exploite la forêt communale, car le pouvoir adjudicateur poursuit ainsi un but étranger aux règles sur les marchés publics, à savoir le soutien financier indirect [shy](#)d'un projet de protection de la nature dans la commune (TA ZH, 15.12.1998, BEZ 1999 n° 12, c. 3c et 4 *i.i.*). Cette approche restrictive est en voie d'assouplissement, afin d'utiliser les règles en matière de marchés publics pour appuyer les efforts en faveur d'une croissance durable. La Cour de justice a admis la validité d'un critère d'adjudication fondé sur des caractéristiques environnementales liées au mode de production écologique des produits (thé et café) achetés, sans qu'il en résulte directement une protection de l'environnement au lieu de livraison des produits aux Pays-Bas (CJUE, arrêt *Commission c/Pays-Bas* du 10.05.2012, aff. C-368/10, non encore publié, pts 85-90). Il en va de même pour l'achat d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables (CJCE, arrêt *EVN et Wienstrom* du 04.12.2003, aff. C-448/01, Rec. 2003 p. I-14527, pt 34). Elle a aussi considéré qu'un critère d'adjudication fondé sur des considérations d'ordre social, peut concerner les utilisateurs ou les bénéficiaires des travaux, des fournitures ou des services faisant l'objet du marché, « mais également d'autres personnes ». En l'espèce, l'exigence que le thé et le café achetés soient issus du commerce équitable selon le label MAX HAVELAAR bénéficiait aux petits producteurs des pays en développement qui fournissaient ces produits aux soumissionnaires, et non pas aux consommateurs néerlandais de thé ou café (CJUE, arrêt *Commission c/Pays-Bas* du 10.05.2012, aff. C-368/10, non encore publié, pts 85-91). Bien plus, la Cour de justice considère que les critères d'adjudication fondés sur des procédés ou méthodes de production ne doivent pas nécessairement porter sur une caractéristique inhérente du produit faisant l'objet du marché, i.e. matériellement incorporée dans celui-ci, mais exige seulement un lien suffisant entre le critère d'adjudication et l'objet du marché (CJUE, arrêt *Commission c/Pays-Bas* du 10.05.2012, aff. C-368/10, non encore publié, pts 89 et 91). Les propositions de directives marchés publics de décembre 2011 visent aussi par plusieurs biais à permettre l'imposition de conditions sociales et environnementales au lieu du siège du soumissionnaire. En premier lieu, le pouvoir adjudicateur devrait pouvoir ne pas attribuer un marché au soumissionnaire ayant remis la meilleure offre, lorsque le soumissionnaire ou l'offre remise ne respecte pas, au moins d'une manière équivalente, la législation de l'Union ou certaines conventions internationales en matière de droit social et environnemental, y compris dans la chaîne d'approvisionnement (art. 54 § 2 et art. 55 § 3a et annexe XI de la proposition de Directive classique, COM[2011] 896). Deuxièmement, une offre anormalement basse en raison de la violation des règles sociales et environnementales serait exclue (art. 69 § 4 al. 2 de la proposition de Directive classique, COM[2011] 896). Enfin, le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ou au prix le plus bas peut se fonder sur la prise en compte

des coûts tout au long du cycle de vie, qu'il s'agisse tant de coûts internes (développement, production, utilisation, maintenance et traitement en fin de vie) que de coûts environnementaux externes lorsque leur valeur monétaire peut être déterminée (considérant 40 et art. 66 § 1 al. 2, art. 67 et art. 2 pt 22 de la proposition de Directive classique, COM[2011] 896 et *supra* N 132 ; pour les critères sociaux, voir aussi *infra* N 146). La question reste ouverte de savoir si et dans quelle mesure des critères d'adjudication fondés sur des procédés ou méthodes de production et non inhérents au produit en cause sont conformes aux accords OMC, en particulier le GATT et l'accord sur les barrières techniques au commerce.

[style-top=5.2pt](#)L'exigence que [shyl](#)'adjudicataire établi en Suisse qui **détache des travailleurs** 134 pour exécuter un marché dans un autre canton respecte les **conditions de travail** applicables dans le canton adjudicateur constitue une violation des art. 3 et 5 LMI, sous réserve des cas de dumping social (art. 3 II/d et III/a LMI). La question des conditions de travail applicables aux travailleurs détachés pour exécuter un marché à un lieu autre que celui du siège de leur entreprise dans un autre canton suisse (*infra* N 148-152) ou à [shyl](#)'étranger (*infra* N 153-165), fait [shyl](#)'objet [shyd](#)'un développement séparé ci-après, de même que la question de [shy](#)-l'admissibilité des standards sociaux minimums imposés au lieu de production des soumissionnaires (*infra* N 146). (ou label certifiant qu'un produit a été fabriqué sans recours au travail des enfants)

2. Restrictions justifiées à [shyl](#)'accès aux marchés publics

Des **restrictions** au libre accès aux marchés publics doivent prendre la forme de charges ou de 135 conditions et ne sont admises, selon l'**art. 3 LMI**, que si elles (i) sont appliquées de manière non discriminatoire, (ii) poursuivent un intérêt public prépondérant et (iii) [réshy](#)pondent au principe de proportionnalité. De plus, elles ne doivent en aucun cas constituer un obstacle déguisé aux échanges, destiné à favoriser les intérêts économiques locaux (Mess-LMI, p. 1248 ; intervention de R. SIMMEN in : BO CE 1995 p. 871 ; WEBER, p. 169 s. ; Comco, *Préavis sur le projet de révision de [shyl](#)'AIMP du 25.03.1998*, DPC 1998/2, p. 329, ch. 6 ; Comco, *Préavis sur le projet de loi neuchâteloise sur les marchés publics*, DPC 1998/2, p. 336, ch. 5).

Il résulte de [shyl](#)'exigence de non-discrimination [shy](#)qu'une restriction à [shyl](#)'accès qui serait 136 **distinctement applicable**, [shyc](#)'est-à-[shy](#)dire applicable aux seuls soumissionnaires extérieurs, est *ipso facto* illicite (*a contrario* art. 3 I/a LMI). [shy](#)L'application de règles différentes aux soumissionnaires locaux et extérieurs est toujours illégale, même si le pouvoir adjudicateur invoque un intérêt public prépondérant (« **discrimination formelle** »). En ce sens,

[shy](#)l'interdiction de discrimination est absolue (COTTIER/MERKT, Beschaffungswesen, p. 57). [shy](#)L'application à un soumissionnaire extérieur de règles de passation de marchés différentes, et par hypothèse plus restrictives, que celles applicables aux soumissionnaires locaux est prohibée. Les art. 3 et 5 LMI prescrivent le « traitement cantonal » en matière de marchés publics (COTTIER/WAGNER, BGBM, p. 1586 ; CLERC, Marchés, p. 394 s. ; ZWALD, BGBM, N 110). Seules les restrictions **indistinctement applicables** aux soumissionnaires locaux et extérieurs sont admissibles, pour autant [shy](#)qu'elles remplissent les deux autres conditions [shy](#)-d'un intérêt public prépondérant et du respect du principe de proportionnalité (ZWALD, BGBM, p. 427, N 63).

137 Le champ des **exceptions** à [shy](#)l'application de [shy](#)l'AIMP, prévu à l'**art. 10 AIMP**, ne coïncide pas avec celui des **motifs [shy](#)d'intérêts publics prépondérants** admis par la jurisprudence en matière de restrictions à la liberté économique (art. 27 et 36 Cst) et qui sont implicitement identiques à ceux susceptibles [shy](#)d'entrer en ligne de compte pour restreindre [shy](#)l'accès au marché au sens de l'**art. 3 I/b LMI** (Mess-rév.LMI, p. 441). Les divergences concernent [shy](#)l'art. 10 I AIMP. [shy](#)L'AIMP prévoyant une ouverture internationale et intercantonale des marchés publics, les exceptions [shy](#)qu'il contient [shy](#)s'appliquent en principe aussi bien aux soumissionnaires établis dans [shy](#)d'autres Etats [shy](#)qu'à ceux établis en Suisse dans [shy](#)d'autres cantons parties. Il y a dès lors conflit potentiel pour les marchés tombant simultanément dans le champ [shy](#)d'application de [shy](#)l'AIMP et de la LMI. Sous [shy](#)-l'angle du **droit interne**, le conflit doit être résolu selon la [shy](#)règle de la **primauté du droit fédéral**. Il en résulterait que les exceptions de [shy](#)l'art. 10 AIMP sont invocables à [shy](#)-l'encontre des soumissionnaires établis dans [shy](#)d'autres Etats, tandis [shy](#)qu'elles ne [shy](#)-s'appliquent aux soumissionnaires établis en Suisse que dans la mesure où elles sont compatibles avec les art. 3 et 5 LMI (CLERC, Marchés, p. 430 ; COTTIER/WAGNER, BGBM, p. 1585 s.). Une telle solution, qui aboutirait à appliquer une même règle différemment aux soumissionnaires établis à [shy](#)l'étranger et en Suisse, est difficilement praticable dans le cadre de la passation d'un même marché. La Comco a recommandé une solution consistant à appliquer uniformément les exceptions de [shy](#)l'art. 10 AIMP aux soumissionnaires établis en Suisse et à [shy](#)l'étranger, tout en limitant le champ [shy](#)d'application de ces exceptions aux seuls marchés publics couverts par des accords internationaux (Comco, *Préavis concernant la révision de [shy](#)l'AIMP*, DPC 2000/2, p. 281, ch. 12-14).

138 [style-vj=1](#)Les **exclusions du champ [shy](#)d'application** de [shy](#)l'AIMP, prévues à l'**art. 10 I AIMP** (qui correspond à [shy](#)l'art. 3 I LMP), sont reprises de [shy](#)l'AMP et des dérogations déposées par la Suisse (art. XXIII § 1 et § 2 *i.f.* AMP et pts 4-5 des Notes générales et dérogations à [shy](#)l'art. III AMP annexées aux engagements pris par la Suisse). Elles permettent

à un pouvoir adjudicateur cantonal ou communal de refuser [shyl](#)'accès à un marché aux soumissionnaires [shyd](#)'autres Etats parties à [shyl](#)'AMP. Le principe du traitement national de [shyl](#)'art. III AMP ne [shys](#)'applique pas aux exclusions visant [shyl](#)'accès aux marchés publics, mais seulement aux règles régissant la passation du marché, après que [shyl](#)'accès a été accordé (sur la distinction entre accès et exercice, voir art. I § 1 et art. III AMP, art. XVI et XVII GATS ou art. III § 4 et XI § 1 GATT). En conséquence, un pouvoir adjudicateur peut exclure [shyl](#)'accès des soumissionnaires établis dans [shyd](#)'autres Etats parties sur la base de [shyl](#)'art. 10 I AIMP, tout en garantissant néanmoins un accès ouvert sur le plan interne suisse dans la mesure où le cas [shyd](#)'exclusion de [shyl](#)'art. 10 I AIMP invoqué dans le cas [shyd](#)'espèce serait contraire aux art. 3 et 5 LMI. [shyl](#)'admissibilité [shyd](#)'une passation de gré à gré [shyd](#)'un marché tombant dans le champ de [shyl](#)'art. 10 I AIMP dépend, sur le plan interne suisse, [shyd](#)'une analyse des circonstances du cas [shyd](#)'espèce au regard de [shyl](#)'art. 3 LMI (Comco, *Préavis concernant la révision de [shyl](#)'AIMP*, DPC 2000/2, p. 281, ch. 12-14).

[style-vj=1](#) Les exceptions à [shyl](#)'application des procédures de passation, prévues à l'**art. 10** 139 **II AIMP** (qui correspond à [shyl](#)'art. 3 II LMP), sont reprises de [shyl](#)'art. XXIII § 2 AMP. Les exceptions de [shyl](#)'art. 10 II AIMP sont susceptibles [shyd](#)'une interprétation conforme au droit fédéral, *i.e.* aux motifs [shyd](#)'intérêt public justifiant une restriction à la liberté économique selon [shyl](#)'art. 27 Cst, et en conséquence à [shyl](#)'accès au marché selon [shyl](#)'art. 3 LMI (Mess-LMI, p. 1245). Les exceptions de [shyl](#)'art. 10 II AIMP doivent aussi être interprétées de manière conforme au droit international, *i.e.* à la règle de [shyl](#)'art. XXIII § 2 AMP prévoyant que le motif invoqué à [shyl](#)'appui de la non-application de [shyl](#)'accord ne doit pas constituer un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée au commerce. Cette condition, applicable dans les rapports internationaux, est reprise par [shyl](#)'art. 3 III LMI dans les rapports internes. [shyl](#)'admissibilité [shyd](#)'une restriction ne peut être définitivement appréciée [shyqu](#)'en fonction des circonstances du cas [shyd](#)'espèce (CRM, JAAC 2000/64 n° 8, c. 1 b/aa ; Comco, *Préavis concernant la révision de [shyl](#)'AIMP*, DPC 2000/2, p. 281, ch. 12-14). Une interprétation harmonisée des deux régimes [shyd](#)'exceptions de [shyl](#)'art. 10 II AIMP et de [shyl](#)'art. 3 LMI permet [shyl](#)'application des mêmes procédures de passation aux soumissionnaires établis dans des Etats parties à [shyl](#)'AMP et à ceux établis en Suisse ; elle évite ainsi le risque [shyd](#)'une violation du principe du traitement national de [shyl](#)'art. III AMP.

[style-vj=1](#) L'art. 12^{bis} I AIMP prévoit un libre choix entre les procédures ouverte et sélective. 140 La décision de passer un marché par **procédure sélective** ne constitue pas en elle-même une restriction à [shyl](#)'accès au marché. [shyl](#)'application des critères [shyd](#)'aptitude, puis [shyd](#)'adjudication y est seulement effectuée en deux phases séparées au lieu [shyd](#)'une seule dans la procédure ouverte (d'un avis partiellement différent, les préavis de la Comco selon lesquels

la procédure sélective serait comme telle plus restrictive que la procédure ouverte : Comco, *Préavis sur le projet de révision de [shyl](#)'AIMP*, DPC 1998/2, p. 329, ch. 14 s. ; Comco, *Préavis sur le projet de loi neuchâteloise sur les marchés publics*, DPC 1998/2, p. 336, ch. 16-18 ; Comco, *Préavis concernant la révision de [shyl](#)'AIMP*, DPC 2000/2, p. 281, ch. 18 s.). Une restriction [shyn](#) intervient que si, à [shyl](#)'issue de la première phase de qualification, le pouvoir adjudicateur limite le nombre des candidats aptes invités à déposer une offre (art. 12 I/b AIMP ; art. 15 IV LMP). En principe, tous les candidats remplissant les critères [shyd](#)'aptitude indiqués dans [shyl](#)'appel [shyd](#)'offres doivent être invités à présenter une offre lors de la seconde phase de la procédure sélective. Exceptionnellement, le **nombre de candidats** peut être **limité** si cela est nécessaire pour assurer le fonctionnement efficace du mécanisme de passation du marché, compte tenu de [shyl](#)'ensemble des intérêts en jeu et du principe de proportionnalité. Tel peut notamment être le cas lorsqu'il [shyn](#)'y a pas un rapport raisonnable entre les frais de la procédure de passation et la valeur du marché. Le pouvoir adjudicateur doit en tout cas retenir le plus grand nombre de candidats aptes possible, compte tenu des circonstances du cas [shyd](#)'espèce ; le nombre minimal de candidats retenus doit [shys](#)'élever au moins à trois. Il doit faire figurer déjà dans [shyl](#)'appel [shyd](#)'offres la restriction envisagée et le nombre maximal de candidats prévu. Enfin, la sélection parmi les candidats aptes doit [shys](#)'effectuer de manière loyale et transparente, et selon des critères non discriminatoires (art. III § 1 et 2, art. VII § 1, art. VIII/b, art. X § 1, art. XII § 2/j AMP ; art. 3 et 5 LMI ; pour comparer CRM, JAAC 2000/64 n° 63, c. 4c ; CRM, JAAC 1999/63 n° 16, c. 4 et 6d ; CRM, JAAC 1997/61 n° 76, c. 3c ; Comco, *Préavis sur le projet de révision de [shyl](#)'AIMP*, DPC 1998/2, p. 329, ch. 16-18 ; *Préavis sur le projet de loi neuchâteloise sur les marchés publics*, DPC 1998/2, p. 336, ch. 19-22 ; *Préavis concernant la révision de [shyl](#)'AIMP*, DPC 2000/2, p. 270, ch. 20-22 ; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, *Beschaffungswesen*, p. 49 ; GAUCH/STÖCKLI, *Marchés publics*, N 16.2-16.7). La sélection parmi les candidats aptes doit se fonder sur le degré [shyd](#)'aptitude respectif des candidats, au regard des critères de sélection publiés. La méthode du tirage au sort doit être exclue, sauf dans [shyl](#)'hypothèse exceptionnelle où il [shys](#)'avérerait impossible de départager deux ou plusieurs candidats [shyd](#)'aptitude égale. En effet, [shyl](#)'autorité qui procède à un tirage au sort au lieu [shyd](#)'utiliser sa liberté [shyd](#)'appréciation commet un excès de pouvoir négatif (*Ermessensunterschreitung*) et est arbitraire (CRM, JAAC 2000/64 n° 63, c. 4d/dd ; ATF 96 I 550 ; GAUCH/STÖCKLI, *Marchés publics*, N 16.2 ; *contra* Comco [qui considère le tirage au sort comme un moyen favorable à [shyl](#)'abaissement des coûts de la procédure de passation], *Bemerkungen der Wettbewerbskommission vom 30. Juli 1998 betreffend die Arbeitsthesen zum neuen Beschaffungsrecht des Bundes*, ad 14, reproduite in : GAUCH/STÖCKLI, *Marchés publics*, annexe 3 ; *contra* TA AG, 15.03. 1999, c. 5b). Lorsque

les conditions précitées sont respectées, la limitation du nombre des soumissionnaires constitue une restriction justifiée selon [shyl](#)'art. 3 LMI. La Comco admet ce point de vue en posant quatre conditions à une restriction licite du nombre des candidats sélectionnés : (i) la limitation du nombre [shyd](#)'offreurs doit être nécessaire pour la réalisation rationnelle de la procédure [shyd](#)'adjudication ; (ii) elle est expressément mentionnée dans [shyl](#)'appel [shyd](#)'offres ; (iii) le nombre [shyd](#)'offreurs invités à adresser une offre ne peut être inférieur à trois lorsqu'il existe suffisamment de soumissionnaires adéquats ; et la concurrence efficace doit être garantie. (iv) Lorsque ces trois premières conditions sont réalisées, [shyl](#)'autorité adjudicatrice doit tenir compte des critères énoncés à [shyl](#)'art. 3 LMI et sélectionner les candidats de manière non discriminatoire. Elle ne saurait en particulier discriminer les soumissionnaires extérieurs par rapport aux soumissionnaires locaux (Comco, *Préavis sur le projet de révision de [shyl](#)'AIMP*, DPC 1998/2, p. 329, ch. 16-18 ; *Préavis sur le projet de loi neuchâteloise sur les marchés publics*, DPC 1998/2, p. 336, ch. 19-22 ; *Préavis concernant la révision de [shyl](#)'AIMP*, DPC 2000/2, p. 270, ch. 20-22). La décision limitant le nombre de candidats aptes qui seront sélectionnés est une décision finale qui doit être attaquée immédiatement, dès sa publication dans [shyl](#)'appel [shyd](#)'offres ou dans les documents [shyd](#)'appel [shyd](#)'offres qui en font partie intégrante (art. 15 I^{bis}/a AIMP ; art. 29/b LMP). Le candidat qui ne contesterait la limitation du nombre de candidats [shy](#)qu'à [shyl](#)'occasion de la décision [shyl](#)'excluant de la sélection à [shyl](#)'l'issue de la première phase de la procédure sélective serait forclos (ATF 125 I 203 ; CRM, JAAC 2000/63 n° 16, c. 4 *i.f.*; *contra* TA ZH, 16.04.1999, ZBl 2000, p. 455, c. 3). Une augmentation ultérieure du nombre de candidats retenus est contestable, car elle porte atteinte au principe de la transparence, et pourrait, le cas échéant, violer le principe de [shyl](#)'égalité de traitement. Elle peut en effet constituer un moyen pour le pouvoir adjudicateur de favoriser indûment un ou des candidats [shy](#)qu'il tient à voir déposer une offre alors même que leur classification les reporte au-delà du nombre initialement annoncé (CRM, JAAC 2000/63 n° 16, c. 5).

[shyl](#)'**adjudication de gré à gré** [shyd](#)'un marché public, sans aucune mise en concurrence préalable, constitue une restriction absolue à [shyl](#)'accès au marché public en cause pour tous les soumissionnaires potentiels (art. 5 I LMI). Lorsque le marché est de grande importance, la procédure de gré à gré est aussi contraire à [shyl](#)'obligation de publication [shyd](#)'un appel [shyd](#)'offres selon [shyl](#)'art. 5 II LMI. A notre avis, [shyl](#)'énumération des motifs justifiant une passation de gré à gré (art. 12^{bis} AIMP, § 9 Directives AIMP et annexe 2 AIMP ; pour comparer au niveau fédéral : art. 13 et 36 OMP) constitue une concrétisation législative, dans le domaine des marchés publics, de la règle générale de [shyl](#)'art. 3 LMI. [shyl](#)'utilisation de la procédure de gré à gré est soumise à **deux conditions cumulatives**, [shyl](#)'une spécifique

et [shyl](#)'autre générale. (i) Il faut [shyd](#)'abord que soit réalisé [shyl](#)'un des **motifs justificatifs, qui sont de deux ordres**. Il [shys](#)'agit premièrement de cas spécifiques, indépendants de la valeur du marché en cause, et dont la liste exhaustive figurant à [shyl](#)'art. XV § 1 AMP a été reprise sous une forme quelque peu imprécise dans le droit intercantonal (art. 12^{bis} I AIMP et § 9 Directives AIMP), respectivement au niveau fédéral (art. 13 et 36 I OMP). Il est préférable de vérifier directement sur la base de [shyl](#)'art. XV AMP si un cas de gré à gré est rempli. Ces cas doivent être appliqués de manière restrictive, car la passation de gré à gré est une procédure exceptionnelle. La justification [shyd](#)'un marché de gré à gré ne peut être appréciée [shyqu](#)'en fonction des circonstances du cas [shyd](#)'espèce. La seconde catégorie de motifs justificatifs concerne les « petits marchés », à savoir ceux dont la valeur est inférieure aux seuils fixés dans le droit intercantonal (art. 12^{bis} II AIMP et annexe 2 AIMP), respectivement dans la réglementation fédérale (art. 36 II/b-c OMP). (ii) Ensuite, les principes généraux de **non-discrimination et de proportionnalité** posés par [shyl](#)'art. XV § 1 *i.i.* AMP exigent que la procédure de gré à gré ne soit pas utilisée en vue de ramener la concurrence en deçà du maximum possible, ni comme un moyen de discrimination ou de protectionnisme déguisé. Cette seconde condition correspond aux exigences de non-discrimination formelle (art. 3 I/a LMI), de proportionnalité (art. 3 I/c et II LMI) et [shyd](#)'interdiction du protectionnisme (art. 3 III LMI) qui sont imposées par la LMI pour justifier une restriction à [shyl](#)'accès au marché sur le plan suisse. Bien que les réglementations (inter-)cantonales et fédérales en matière de marchés publics [shyn](#)'aient pas transposé cette seconde condition, celle-ci [shys](#)'impose du fait de la primauté du droit international et de [shyl](#)'interprétation conforme du droit national avec les traités internationaux ainsi que, pour [shyl](#)'AIMP, du fait de la force dérogatoire du droit fédéral dont dispose la LMI. Il en découle, *a contrario*, que le pouvoir adjudicateur a non seulement la faculté, mais [shyl](#)'obligation, [shyd](#)'utiliser toujours la procédure de passation garantissant le maximum de concurrence possible, même dans les cas énumérés à [shyl](#)'art. XV AMP. *A contrario*, un soumissionnaire ne saurait faire grief à un pouvoir adjudicateur [shyd](#)'avoir utilisé une procédure de passation plus « libérale » que la procédure de gré à gré, comme une procédure sur invitation ou une procédure ouverte/sélective, bien [shyqu](#)'un cas de gré à gré fût rempli (CRM, JAAC 65/2001 n° 77, c. 2b ; WOLF, *Freihändige*, p. 127-148 ; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, *Beschaffungswesen*, N. 166 s. ; LANG, *Binnenmarkt*, p. 28 s.). La procédure de gré à gré implique par nature des négociations entre le pouvoir adjudicateur et [shyl](#)'entreprise choisie, sans enfreindre [shyl](#)'interdiction générale de négociations prévue au niveau (inter-)cantonal (art. 11/c AIMP ; § 30 II Directives AIMP), ni nécessiter au niveau fédéral le respect des formes spéciales prévues pour les négociations en procédure ouverte ou sélective (art. 20 LMP ; art. 26 OMP). Lorsque le marché en cause est

soumis aux accords internationaux, son adjudication de gré à gré doit faire [shyl](#) l'objet [shyd](#) d'une **publication** (art. XVIII § 1 *i.i.* qui prévoit une publication pour les marchés passés au titre de [shyl](#) l'art. XV AMP) indiquant précisément lequel des cas de gré à gré a justifié [shyl](#) l'utilisation de cette procédure de passation (art. XVIII § 1/f AMP). Cette publication contient la (seule) décision par laquelle les concurrents prennent connaissance du marché attribué de gré à gré et peuvent contester en justice la justification du cas de gré à gré invoqué par le pouvoir adjudicateur (CRM, JAAC 64/2000 n° 8, c. 1b/bb ; CRM, JAAC 65/2001 n° 77, c. 1d/bb ; WOLF, *Freihändige*, p. 155-157). Cette règle [shys](#) s'impose [shyd](#) elle-même, car la justification du gré à gré constitue le motif essentiel, voire unique, [shyd](#) un éventuel recours formé par un concurrent potentiel. Il en découle aussi que le pouvoir adjudicateur doit attendre [shy](#) l'expiration du délai de recours contre la décision [shyd](#) d'adjudication de gré à gré avant de conclure le contrat avec [shyl](#) l'adjudicataire (TAF, arrêt du 02.07.2009, B-3402/2009, c. 7.2 ; MICHEL/CLERC/CARRON/FOURNIER, *Protection juridique*, p. 86 ; BEYELER, *Beschaffung*, N 677).

Les « **petits marchés** », dont la valeur est inférieure aux seuils prévus par les accords 142 internationaux, restent soumis au principe du libre accès (art. 5 I LMI) qui [shys](#) s'applique indépendamment de la valeur du marché en cause. La règle demeure [shyl](#) l'utilisation de la procédure ouverte ou sélective (*supra* N 140). [shyl](#) L'invitation à soumissionner ou la procédure de gré à gré constitue une restriction à [shyl](#) l'accès au marché qui doit être justifiée par un motif [shyd](#) d'intérêt public prépondérant (art. 3 LMI). A notre sens, des motifs [shyd](#) d'économie de procédure reposant sur le rapport entre la valeur du marché et les coûts administratifs [shyd](#) une procédure de passation, justifient la fixation de valeurs seuils au-dessous desquelles les marchés peuvent être passés avec une procédure sur invitation, voire de gré à gré. Ces seuils, prévus par le droit intercantonal à [shyl](#) l'art. 12^{bis} II AIMP et annexe 2 à [shyl](#) l'AIMP (pour comparer en droit fédéral : art. 36 II/b-c OMP), doivent en tout cas [shys](#) s'appliquer de manière non discriminatoire aux soumissionnaires extérieurs et locaux (*infra* N 172-175). Une « marge de manœuvre » qui servirait à donner la préférence aux soumissionnaires locaux serait contraire à [shyl](#) l'art. 3 I/a LMI (sur les seuils déterminants pour les différentes procédures de passation, voir *infra* N 175 ; Comco, *Préavis concernant la révision de shyl* l'AIMP, DPC 2000/2, p. 281, ch. 26-39 ; ZWALD, BGBM, N 115 s. ; WOLF, *Freihändige*, p. 150 s.).

[style-top=5.2pt](#) La « **clause bagatelle** », ou clause *de minimis*, exclut du champ [shy](#) 143 d'application des accords internationaux les marchés de travaux qui [shyn](#) n'atteignent pas séparément CHF 2 millions et dont la valeur totale ne dépasse pas 20 % de la valeur globale de [shyl](#) l'ouvrage (art. 7 II *i.f.* AIMP ; pour comparer en droit fédéral : art. 7 II LMP et art. 14 et art. 32/a/2 OMP). Les lots de travaux concernés par la clause *de minimis* sont passés sur le plan

interne suisse et selon les procédures de passation prévues à [shyl](#)'annexe 2 AIMP (marchés assujettis à [shyl](#)'AIMP, mais non soumis aux accords internationaux). Tous les autres lots doivent être passés selon la procédure de passation applicable en fonction de la valeur globale de [shyl](#)'ouvrage. La clause *de minimis* est inspirée du droit de [shyl](#)'Union (art. 9 § 5/a/III Directive classique 2004/18 ; art. 17 § 6/a/III Directive secteurs 2004/17). Elle a vocation à être invoquée [shyd](#)'abord à [shyl](#)'encontre des soumissionnaires établis dans [shyd](#)'autres Etats, dont [shyl](#)'accès aux marchés publics de travaux passés en Suisse dépend de [shyl](#)'application des accords internationaux. Sa validité envers les soumissionnaires établis en Suisse dépend de [shyl](#)'existence [shyd](#)'un intérêt public prépondérant au sens de [shyl](#)'art. 3 LMI et du fait [shy](#)-qu'elle ne peut pas constituer un moyen de discrimination des soumissionnaires externes (art. 3 I et III et art. 5 I LMI). La différence de traitement entre les soumissionnaires établis en Suisse et à [shyl](#)'étranger ne constitue pas une violation de [shyl](#)'art. III AMP dès lors que les marchés de travaux [shyd](#)'une valeur maximale de CHF 2 millions ne sont pas compris dans le champ de [shyl](#)'AMP, de [shyl](#)'Accord MP ou de la Convention AELE, et que le principe du traitement national ne [shys](#)'applique pas aux restrictions à [shyl](#)'accès au marché. La clause *de minimis* doit être interprétée dans le cadre de [shyl](#)'art. 5 II LMI, au regard de [shyl](#)'obligation de publication [shyd](#)'un appel [shyd](#)'offres pour les marchés de grande importance. Sa validité dépend en définitive des seuils prévus à [shyl](#)'annexe 2 AIMP pour [shyl](#)'application des différents types de procédure de passation. [shyl](#)'utilisation [shyd](#)'une procédure de passation qui restreint [shyl](#)'accès des soumissionnaires, comme [shyl](#)'invitation à soumissionner ou [shyl](#)'l'adjudication de gré à gré, peut être justifiée lorsque les coûts administratifs [shyd](#)'une procédure avec mise en concurrence seraient hors de proportion avec la valeur du marché (*infra* N 172-175).

- 144 Toute restriction à [shyl](#)'accès au marché doit faire [shyl](#)'objet [shyd](#)'une **décision sujette à recours (art. 9 I LMI)**. Si un soumissionnaire considère faire [shyl](#)'objet [shyd](#)'une restriction contraire aux art. 3 et 5 LMI et que celle-ci ne revêt pas la forme [shyd](#)'une décision, il peut exiger du pouvoir adjudicateur [shy](#)qu'une décision formelle soit prise. Un recours juridictionnel est en principe ouvert contre toute restriction à [shyl](#)'accès au marché. Le législateur a considéré [shy](#)qu'une discrimination doit être évaluée sans égard à la valeur du marché en question et a refusé [shyd](#)'exclure les recours contre les cas-bagatelles (Mess-LMI, p. 1255). Toutefois, les réglementations cantonales et communales peuvent prévoir [shyl](#)'irrecevabilité du recours contre l'**adjudication de gré à gré [shyd](#)'un « petit marché »**, dont la valeur est inférieure aux seuils applicables pour cette procédure sur le plan interne suisse (ATF 131 I 137). [shyl](#)'annexe 2 à [shyl](#)'AIMP permet la passation de gré à gré pour les fournitures d'une valeur inférieure à CHF 100 000, les services d'une valeur inférieure à CHF

150 000 et les travaux d'une valeur inférieure à CHF 150 000 pour le second œuvre et à CHF 300 000 pour le gros œuvre. Le Tribunal fédéral a admis [shyl](#)'exclusion [shyd](#)'une voie de recours dans un tel cas en se fondant essentiellement sur quatre motifs. Premièrement, [shy](#)-l'absence [shyd](#)'évaluation comparative formelle des offres et la rapidité qui caractérisent la passation de gré à gré [shyd](#)'un petit marché sont largement incompatibles avec un contrôle juridictionnel subséquent. Deuxièmement, le droit fédéral ne saurait imposer aux cantons, par le biais de [shyl](#)'art. 9 LMI, une voie de recours contre [shyl](#)'adjudication de gré à gré de « petits marchés », alors même que [shyl](#)'art. 2 III *i.f.* LMP exclut toute voie de recours contre [shy](#)-l'attribution de marchés dont la valeur est inférieure aux seuils internationaux. Troisièmement, une protection juridictionnelle doit en tout cas subsister lorsque [shyl](#)'attribution de gré à gré [shyd](#)'un petit marché poursuit un objectif discriminatoire visant à empêcher [shyl](#)'accès aux marchés des soumissionnaires externes. Quatrièmement, tant la publication de [shy](#)-l'adjudication que la voie de recours restent garanties lorsque la passation de gré à gré repose sur un cas exceptionnel prévu par [shyl](#)'art. XV AMP et que le marché en cause a une valeur supérieure aux seuils fixés par les accords internationaux, afin de pouvoir contester la justification du cas de gré à gré invoqué (ATF 131 I 137, c. 2.4-2.6 ; pour un commentaire de cette jurisprudence, cf. LMI 9 N 49 s.).

3. Conditions de travail

La question du respect des conditions de travail développée dans cette section est limitée à 145 [shyl](#)'hypothèse dans laquelle le lieu [shyd](#)'exécution du marché diffère du lieu du siège de [shy](#)-l'entreprise adjudicataire, de sorte que celle-ci doit **détacher des travailleurs** pour exécuter tout ou partie de la prestation qui fait [shyl](#)'objet du marché. Les art. 1-3 LMI ainsi que [shy](#)-l'art. 11/e AIMP et le § 7 Directives AIMP [shyd](#)'une part, les art. 8 I/b et 11/d LMP et les art. 6-7 OMP [shyd](#)'autre part, règlent cette problématique de manière différente en imposant, dans le premier cas, le respect des conditions de travail au lieu du siège de [shyl](#)'entreprise (lieu de provenance, *Herkunftsprinzip*) et, dans le second cas, le respect des conditions de travail au lieu de fourniture de la prestation ou lieu [shyd](#)'exécution (*Leistungsortsprinzip*). Les contradictions apparentes entre ces réglementations sont d'abord représentatives du phénomène de [shyl](#)'interaction des sources de droit international, fédéral et cantonal en matière de marchés publics (*supra* N 24). Lorsque [shyl](#)'entreprise adjudicataire a son domicile ou son siège à [shyl](#)'étranger, les conditions de travail applicables aux travailleurs détachés dans le cadre [shyd](#)'un marché public découlent [shyd](#)'une combinaison des règles applicables à la libre circulation des personnes et aux marchés publics, ce qui constitue une difficulté

supplémentaire. La loi sur les travailleurs détachés et [shyl](#)'ordonnance sur les travailleurs détachés, adoptées afin de mettre en œuvre [shyl](#)'art. 22 § 2 ALCP et [shyl](#)'art. 21 de [shyl](#)-l'Annexe K à la Convention AELE, imposent le respect [shyd](#)'un noyau dur de conditions minimales de travail au lieu [shyd](#)'exécution en Suisse.

- 146 La question des conditions de travail applicables aux travailleurs détachés doit être distinguée de celle de la « concurrence déloyale » reprochée aux entreprises qui bénéficient de **conditions de production** favorables (p. ex. protection sociale et salaires inférieurs) au **lieu de leur siège** et qui peuvent ensuite offrir les biens et services [shyl](#)qu'elles y produisent à des prix plus bas dans le cadre [shyd](#)'un marché public ou, plus généralement, dans le commerce mondial. Cette problématique importante au niveau international est en [reshyl](#)vanche pratiquement inexistante au sein du marché intérieur suisse, où les conditions de travail entre les régions sont relativement homogènes. [shyl](#)L'avantage compétitif dont [dissshyl](#)posent les entreprises établies dans des pays où le coût de la main-d'œuvre est bas pourrait être limité soit par des salaires minimaux imposés internationalement au nom du respect des droits sociaux fondamentaux, soit par [shyl](#)'application de « coefficients correcteurs » aux offres émanant de ces entreprises et imposés au nom [shyd](#)'une « égalité des armes ». [shyl](#)L'intégration de normes de travail fondamentales (*core labour standards*) dans le cadre des négociations de [shyl](#)'OMC est fortement controversée et combattue en particulier par les pays en développement qui y voient une mesure de protectionnisme déguisé de la part des pays développés qui promeuvent cette idée. Elle a trouvé un écho dans la réglementation fédérale en matière de marchés publics qui prévoit que, lorsque la prestation faisant [shyl](#)'objet du marché est exécutée à [shyl](#)'étranger (pour être ensuite livrée sous une forme finie à un pouvoir adjudicateur suisse de niveau fédéral), [shyl](#)'adjudicataire sis à [shyl](#)'étranger respecte au moins les **conventions fondamentales de [shyl](#)'Organisation Internationale du Travail (OIT)** concernant notamment le travail forcé, le travail des enfants, [shyl](#)'âge minimum [shyd](#)'accès à [shyl](#)'emploi, la liberté syndicale, les négociations collectives, [shyl](#)'égalité de rémunération entre femmes et hommes et les discriminations en matière [shyd](#)'emploi (art. 7 II et annexe 2a OMP). L'UE envisage une approche similaire dans ses propositions de révision de décembre 2011, qui permettraient au pouvoir adjudicateur, voire lui imposerait, d'exclure un soumissionnaire ou une offre qui ne respecterait pas, au moins d'une manière équivalente, la législation de l'Union ou certaines conventions internationales de l'OIT en matière de droit social, y compris dans la chaîne d'approvisionnement (art. 54 § 2, art. 55 § 3a, art. 69 § 4 al. 2 et annexe XI de la proposition de Directive classique, COM[2011] 896). La Cour de justice a renforcé cette approche en considérant qu'un pouvoir adjudicateur peut utiliser des critères d'adjudication fondés sur des considérations d'ordre social qui concernent non seulement les

bénéficiaires/utilisateurs des travaux, fournitures, services faisant [shy](#)l'objet du marché, mais aussi « d'autres personnes ». Selon la Cour, un critère d'adjudication fondé sur des procédés ou méthodes de production ne doit pas nécessairement porter sur une caractéristique inhérente du produit, c'est-à-dire un élément qui s'incorpore matériellement dans celui-ci, mais doit seulement présenter un lien suffisant avec l'objet du marché. Ainsi, rien ne s'oppose en principe au critère d'adjudication exigeant que le café et le thé, destinés aux distributeurs automatiques de boissons d'un pouvoir adjudicateur, répondent aux conditions posées par le label MAX HAVELAAR pour le commerce équitable. Même si lesdites conditions bénéficient aux petits producteurs des pays en développement qui fournissent les soumissionnaires, et non directement aux consommateurs néerlandais de thé et de café, le critère social est suffisamment en lien avec l'objet du marché et n'a pas d'implication plus large quant à la politique générale d'achat des soumissionnaires en-dehors du marché en cause (CJUE, arrêt *Commission c/Pays-Bas* du 10.05.2012, aff. C-368/10, non encore publié, pts 85-91). La question, uniquement esquissée plus haut (cf *supra* N 133, pt c), de la compatibilité des critères sociaux relatifs au lieu de production des produits ou services avec les règles des accords OMC relève de la problématique des *non-product-related Process and Production Methods (PPMs)*, sort du champ de ce commentaire.

La question des conditions de travail applicables aux travailleurs détachés doit être résolue 147 différemment selon que les entreprises soumissionnaires sont établies en Suisse (*infra* N 148-152) ou dans un autre Etat (*infra* N 153-165). Cette application de conditions de travail différentes ne donne lieu, à notre avis, ni à une violation du principe du traitement national, ni à une discrimination à rebours des soumissionnaires établis en Suisse (*infra* N 155-158, 160, 164 et 166 s.).

a) Soumissionnaires établis en Suisse

Il convient de distinguer selon que [shy](#)l'entreprise soumissionnaire établie en Suisse participe 148 à un marché public de niveau cantonal/communal (*infra* N 149-151) ou de niveau fédéral (*infra* N 152).

[style-vj=1](#) Les conditions de travail applicables aux travailleurs détachés [shy](#)d'une entreprise 149 soumissionnaire établie en Suisse et qui participe à un **marché public de niveau cantonal ou communal**, sont [shy](#)d'abord régies par la LMI. Il découle des **art. 2 I et III ainsi que 3 I/b et II/a LMI** que [shy](#)l'entreprise établie en Suisse et qui détache ses travailleurs dans un autre canton que celui de son établissement pour y effectuer une prestation de services doit en principe respecter les **conditions de travail de son lieu de provenance**, sauf exception en cas

de **véritable dumping social**. Cette règle est justifiée par le fait que les prescriptions en matière de conditions de travail en vigueur en Suisse sont réputées équivalentes dans les différents cantons (art. 2 V LMI, § 7 II *i.f.* Directives AIMP), de sorte [shy](#) qu'une dérogation au principe du droit du lieu de provenance ne se justifie pas et constituerait une mesure protectionniste (WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 171 ; WYLER, Détachement, p. 276-279). Si des différences dans les conditions de travail subsistent encore entre les cantons, elles sont à [shy](#) l'origine [shy](#) d'une compétitivité plus grande des entreprises qui ont des coûts plus bas, ce qui devrait permettre, à terme, un certain rééquilibrage économique entre les régions (Mess-LMI, p. 1248 s. ; intervention de J. DEISS, BO CN 1995 p. 1157). La protection sociale suffisante des travailleurs constitue un intérêt public prépondérant susceptible de justifier une restriction, à [shy](#) l'exclusion de mesures de politique économique visant à préserver des entreprises locales de la concurrence au nom [shy](#) d'une « égalité des armes » (ATF 121 I 129, c. 3b ; de même en droit de [shy](#) l'Union, CJCE, arrêt *Procédure pénale c/Michel Guiot* du 28.03.1996, aff. C-272/94, Rec. 1996, p. I-1905, pt 21). Supprimer la concurrence des entreprises établies dans des cantons économiquement plus faibles, où le niveau des salaires est plus bas, reviendrait même à contrecarrer le but de stimulation de la concurrence intérieure poursuivi par la LMI (intervention de H. REYMOND, BO CE 1995 p. 933). En conséquence, le principe de proportionnalité prescrit [shy](#) l'application des prescriptions en vigueur au lieu de provenance lorsque celles-ci permettent [shy](#) d'atteindre la protection recherchée (art. 3 II/a LMI). Il [shy](#) s'oppose à une obligation de respect des conditions de travail au lieu [shy](#) d'exécution du marché ; une exception [shy](#) n'est possible [shy](#) qu'en cas de véritable dumping social (Mess-LMI, p. 1248 s.). Il existe sur ce point un **silence qualifié** de la LMI, le législateur fédéral ayant refusé [shy](#) d'introduire dans cette loi une disposition spéciale relative au respect des conditions de travail au lieu [shy](#) d'exécution de la prestation (proposition de C. EYMANN, BO CN 1995 p. 1156-1158 ; proposition correspondante de H. BISIG, BO CE 1995 p. 931 s. ; discussion devant le Parlement, BO CE 1995 p. 931-934 ; BO CN 1995 p. 1156 s., 2052-2054 ; WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 171 ; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Beschaffungswesen, N 245 ; TERCIER/RAAS/WAGNER/ZURKINDEN, p. 16 s. ; ZWALD, BGBM, N 129 et n. 168 ; WYLER, Détachement, p. 276-279).

150 [style-vj=1](#)La règle posée par [shy](#) l'art. 5 LMI bénéficiant de la primauté du droit fédéral, **l'AIMP et les réglementations cantonales ou communales en matière de marchés publics** doivent [shy](#) s'y conformer. [shy](#) L'art. 11/e AIMP impose uniquement [shy](#) l'obligation de respecter les conditions de travail, sans préciser à quel lieu. [shy](#) L'art. 7 § 2 Directives AIMP prévoit que « *[l]es conditions de travail sont celles fixées par les conventions collectives et les contrats types de travail ; en leur absence ce sont les prescriptions usuelles de la branche*

professionnelle qui *shys*’appliquent. Toutes les prescriptions en vigueur en Suisse sont réputées équivalentes ». Sous *shyl*’empire de la première version de *shyl*’AIMP, la Comco a approuvé une règle selon laquelle « les prescriptions de travail au lieu *shyd*’exécution [...] sont déterminantes, sous la réserve toutefois que, pour la détermination du lieu *shyd*’exécution, toutes les prescriptions en vigueur en Suisse sont réputées équivalentes » (Comco, *Préavis concernant le projet de révision de shyl*’AIMP, DPC 1998/2, p. 329, ch. 24-29 ; *Préavis concernant la révision de shyl*’AIMP, DPC 2000/2, p. 281, ch. 40 s.). Il découle de *shyl*’application combinée de la LMI, de *shyl*’AIMP et des Directives AIMP, respectivement de la réglementation cantonale en matière de marchés publics, *shyqu*’un pouvoir adjudicateur de niveau cantonal ou communal doit reconnaître comme équivalentes les **conditions de travail en vigueur au lieu de provenance** du soumissionnaire dans un autre canton, sauf **exception** en cas de véritable **dumping social** (ZWALD, BGBM, N 129-133). Le pouvoir adjudicateur est en droit de **vérifier *shyl*’équivalence** des conditions de travail du canton de provenance du soumissionnaire avec celles du canton *shyd*’exécution du marché, pour autant *shyqu*’il indique les critères précis (p. ex. temps de travail, salaire minimum) sur lesquels porte la vérification, ainsi que les moyens de preuves que le soumissionnaire doit apporter à cet effet. Ces indications devraient figurer *shyd*’emblée dans *shyl*’appel *shyd*’offres ou la documentation *shyd*’appel - *shyd*’offres ou être réclamées ultérieurement en cas *shyd*’incertitude, en impartissant au soumissionnaire extra-cantonal un délai supplémentaire approprié pour lui permettre *shyd*’apporter les preuves requises (ATF 130 I 258, c. 3-5).

Le Tribunal fédéral a souligné que l’**obligation *shyd*’adhérer à une convention collective de travail** (CCT) pour obtenir *shyl*’attribution *shyd*’un marché constituerait une restriction **inadmissible** à la liberté *shyd*’accès au marché (art. 5 LMI) pour les entreprises extérieures qui ne connaissent pas les mêmes conditions : bien que poursuivant un objectif de politique sociale légitime au sens de *shyl*’art. 3 I/b LMI, une telle restriction serait contraire au principe de proportionnalité (art. 3 I/c et II LMI) et constituerait de surcroît un obstacle déguisé aux échanges, destiné à favoriser les intérêts économiques locaux (art. 3 III LMI) (ATF 124 I 107, c. 2 f ; ég. Comco, *Préavis sur les projets de loi BS/BL en matière de marchés publics*, DPC 1997/4, p. 591, ch. 1-3). Par ailleurs, une règle qui subordonne la participation à un marché public à *shyl*’adhésion à une CCT ou au respect des dispositions matérielles de celle-ci, est contraire au droit fédéral car elle aboutit pratiquement au même résultat *shyqu*’une décision *shyd*’extension *shyd*’une CCT, mais ignore les conditions auxquelles *shyl*’extension est subordonnée et frustre les dissidents des droits que la *Loi fédérale du 28. 9. 1956 permettant *shyd*’étendre le champ *shyd*’application de la convention collective de travail* (LECCT, RS 221.215.311) leur accorde impérativement (principe de la force dérogatoire du droit fédéral

de [shyl](#) art. 49 I Cst ; ATF 109 Ib 238 ; AUBERT, Soumissions, p. 147-176 ; Comco, *Préavis sur les projets de loi BS/BL en matière de marchés publics*, DPC 1997/4, p. 591, ch. 1-3 ; confirmé par ATF 124 I 107, c. 2a-e). Enfin, [shyl](#) obligation [shyd](#) d'adhésion à une CCT violerait, au regard du principe de proportionnalité, le droit constitutionnel à la liberté économique (art. 27, 94 et 95 II Cst) et à la liberté [shyd](#) d'association (art. 23 et 110 II Cst) (ATF 124 I 107, c. 3-4). En revanche, une réglementation cantonale exigeant [shyqu](#) qu'un marché ne puisse, « en principe » être attribué [shyqu](#) à un soumissionnaire qui a adhéré, comme employeur, à un contrat collectif de travail, reste conforme à la LMI dans la mesure où elle permet au soumissionnaire qui [shyn](#) est soumis à aucune CCT de démontrer autrement [shyqu](#) qu'il respecte les conditions usuelles de travail (ATF 130 I 258, c. 2).

152 [style-top=5.2pt](#) Les soumissionnaires établis en Suisse et participant à un **marché public de niveau fédéral** doivent respecter pour leurs travailleurs détachés les **conditions de travail applicables au lieu où la prestation est fournie** (art. 8 I/b et 11/d LMP ; art. 6 et 7 I OMP). Les conditions de travail sont définies à [shyl](#) art. 7 OMP comme celles figurant dans les conventions collectives et contrats-types, ou à défaut, les conditions de travail habituelles dans la région ou la profession. Selon une interprétation littérale, la règle des conditions de travail en vigueur au lieu [shyd](#) d'exécution [shys](#) s'applique aussi bien aux soumissionnaires établis en Suisse [shyqu](#) à ceux établis dans un autre Etat. Les principes issus de la LMI (*supra* N 149-151) ne [shys](#) s'appliqueraient pas : le législateur fédéral ayant considéré lors de [shyl](#) adoption de la LMI que les principes contenus dans cette loi devaient en principe être concrétisés dans les lois fédérales spéciales, la LMP actuelle constitue une *lex specialis* par rapport à la LMI (Mess-LMI, p. 1234, 1239, 1244) aussi pour ce qui concerne les conditions de travail applicables au détachement de travailleurs ayant lieu dans le cadre [shyd](#) d'un marché public fédéral. Cette interprétation est renforcée par le fait que [shyl](#) art. 5 LMI ne concerne que les marchés publics cantonaux et communaux, mais non les marchés publics fédéraux (*supra* N 86). Une telle conclusion peut choquer. Elle signifierait que la Confédération impose aux adjudicataires établis en Suisse, par le biais de la LMI, le respect des conditions de travail du lieu de provenance pour [shyl](#) exécution des marchés publics cantonaux ou communaux, alors [shyqu](#) elle [shyn](#) entend pas respecter elle-même cette règle pour les marchés publics fédéraux (GAUCH, Bundesgesetz, p. 324 s. ; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Beschaffungswesen, N 254). Aucune raison objective ne justifie une exception à la réalisation du marché intérieur suisse pour les marchés de niveau fédéral. La LMP a été adoptée dans le but principal de transposer [shyl](#) AMP et [shyd](#) assurer [shyl](#) ouverture internationale des marchés publics fédéraux (Mess-2 GATT, p. 1193 ; intervention de J.-P. DELAMURAZ, BO CN 1995 p. 1158, et de R. SIMMEN, BO CE 1995 p. 931). [shyl](#) art. 4 LMP ne règle que [shyl](#) accès des

soumissionnaires étrangers, alors que [shyl](#) l'accès des soumissionnaires suisses découle directement de [shyl](#) l'art. 95 II Cst (*supra* N 112). En conséquence, selon une partie de la doctrine, [shyl](#) l'art. 8 I/b LMP devrait être interprété de manière conforme à [shyl](#) l'art. 95 II Cst pour ce qui concerne le respect des conditions de travail par les soumissionnaires établis en Suisse (art. 190 Cst ; ATF 111 Ia 292, c. 3b, 108 V 235, c. 4b ; HANGARTNER, Art. 190 Cst, N 21). [shyl](#) l'art. 95 II Cst a été interprété dans la LMI comme imposant le respect des conditions de travail du lieu de provenance, sous réserve de véritable dumping social (Mess-LMI, p. 1241 s.). En conséquence, cette règle devrait aussi [shys](#) s'appliquer dans le cas [shyd](#) d'un marché public de niveau fédéral, pour les soumissionnaires établis en Suisse. En revanche, lorsque le soumissionnaire provient [shyd](#) d'un autre Etat partie à [shyl](#) l'AMP ou à un autre accord international, la règle de [shyl](#) l'art. 8 I/b LMP du respect des conditions de travail au lieu [shyd](#) d'exécution [shys](#) s'applique (CLERC, Marchés, p. 450 ; voir *infra* N 153-165 ; WYLER, Détachement, p. 269 s.). Cette controverse doctrinale [shyn](#) s'a pas un impact pratique important, dans la mesure où les conditions de travail à [shyl](#) l'intérieur de la Suisse sont relativement homogènes [shyd](#) d'un canton à [shyl](#) l'autre.

b) Soumissionnaires établis à [shyl](#) l'étranger

Les conditions de travail applicables aux travailleurs détachés par une entreprise adjudicataire 153 établie à [shyl](#) l'étranger et qui exécute un marché public en Suisse varient selon que [shyl](#) l'adjudicataire est établi dans un Etat membre de [shyl](#) l'UE ou de [shyl](#) l'AELE (*infra* N 159-165) ou dans un Etat tiers (*infra* N 154-158). Les règles spéciales applicables aux soumissionnaires établis à [shyl](#) l'étranger doivent en outre être combinées avec celles découlant des réglementations applicables aux marchés publics de niveau fédéral (*supra* N 152), respectivement de niveau cantonal et communal (*supra* N 150).

Dans le système des accords OMC, le détachement de travailleurs par une entreprise afin de 154 fournir un service est défini par le GATS comme constituant le mode 4 de prestation de services qui vise le déplacement de personnes physiques (art. 1 § 2 GATS et Annexe sur le mouvement des personnes physiques fournissant des services relevant de [shyl](#) l'accord, RS 0.632.20). Le détachement de travailleurs [shyn](#) s'entre pas dans le champ [shyd](#) d'application de [shyl](#) l'AMP et relève uniquement des règles du GATS. La Suisse a précisé dans ses annexes à [shyl](#) l'AMP [shyl](#) qu'elle limitait ses engagements en matière de services (dont relèvent les travailleurs détachés fournissant des services) à ceux pris dans le cadre du GATS (point 6 des Notes générales et dérogations aux dispositions de [shyl](#) l'art. III AMP). En conséquence, les **soumissionnaires établis dans un Etat tiers** (*i.e.* hors UE et AELE) ne peuvent déduire des principes du

traitement national et de la non-discrimination prévus à [shyl](#)'art. III AMP ni un droit à détacher leur propre main-d'œuvre en Suisse pour y exécuter un marché public (Mess-2 GATT, p. 1226 ; BOCK, Vergaberecht, p. 716 s. ; COTTIER/PANNATIER/WAGNER, Accords, p. 32 ; WASESCHA, Beschaffungswesen, p. 182), ni, *a fortiori*, un droit à être soumis aux mêmes règles sur les conditions de travail des travailleurs détachés [shy](#)qu'un soumissionnaire établi en Suisse. [shy](#)-L'art. III § 3 AMP rappelle ainsi expressément que « les dispositions des paragraphes 1 et 2 [traitement national et non-discrimination] ne [shys](#)'appliqueront pas [...] aux mesures touchant le commerce des services autres que les lois, règlements, procédures et pratiques concernant les marchés publics visés par le présent accord ». [shy](#)L'adjudicataire étranger ne peut pas non plus tirer un tel droit du principe du traitement national statué parallèlement par l'**art. XVII GATS**. Cette disposition ne [shys](#)'applique que dans la mesure des engagements spécifiques consentis par chaque Etat Membre (art. XVI GATS). Dans le cadre de sa Liste déposée au titre du GATS, la Suisse [shyn](#)'a pris que très peu d'engagements en matière [shyd](#)'accès au marché selon le mode de déplacement de personnes physiques. Au surplus, le mode 4 est systématiquement non consolidé (*unbound*), ce qui signifie une absence [shyd](#)'engagement (document GATS/SC/83 du 15 avril 1994 ; Mess-1 GATT, p. 263 s. et 273 s. ; CLERC, Mondialisation, p. 173-175). En [shyl](#)'absence [shyd](#)'engagement spécifique de la Suisse, une entreprise établie dans un Etat membre de [shyl](#)'OMC ne peut détacher ses travailleurs en Suisse que si elle obtient une autorisation selon les conditions générales posées par la réglementation fédérale sur les étrangers (Loi fédérale du 16.12.2005 sur les étrangers [LEtr], RS 142.20 ; Ordonnance du 24.10.2007 relative à [shyl](#)'admission, au séjour et à [shyl](#)'exercice [shyd](#)'une activité lucrative [OASA], RS 142.201). Si une telle autorisation est délivrée, le GATS ne [shy](#)-s'oppose pas à ce que soit imposé à [shyl](#)'entreprise le respect des conditions de travail au lieu [shyd](#)'exécution du marché en Suisse. [shy](#)L'entreprise ne peut invoquer à ce propos une discrimination contraire au droit de [shyl](#)'OMC, en arguant du fait que les soumissionnaires établis en Suisse seraient tenus au seul respect des conditions de travail de leur lieu (canton) de provenance. En effet, le principe du traitement national prévu par [shyl](#)'art. XVII GATS ne [shy](#)-s'applique que si et dans la mesure des engagements spécifiques consentis par chaque Etat membre de [shyl](#)'OMC. Faute [shyd](#)'engagement spécifique par la Suisse, il [shyn](#)'existe aucune garantie de non-discrimination découlant du GATS. Les rares cas où la Suisse a pris un engagement au titre du mode 4 (détachement de personnes physiques) dans le cadre du GATS concernent essentiellement des dirigeants et des spécialistes dans le cadre de transferts internes aux entreprises. Même lorsqu'un tel engagement existe, le principe du traitement national de [shyl](#)'art. XVII GATS ne vaut que dans la limite des restrictions indiquées par chaque Etat dans sa Liste [shyd](#)'engagements spécifiques. Or, la Suisse a fait figurer dans sa Liste [shy](#)-

d'engagements au titre du GATS une restriction horizontale (c'est-à-[shy](#)dire une réserve applicable à tous les engagements), qui réserve [shy](#)l'application des conditions de travail locales, des normes de sécurité sociale et du droit des étrangers (*Limitations on nationshyal treatment* : « 4) *Unbound, except for measures concerning the categories of natural persons referred to in the market access column, subject to the following limitations and conditions : Working conditions prevailing in the branch and the place of activity provided by law and/or collective agreement [with respect to remuneration, working hours, etc.], measures limiting professional and geographical mobility within Switzerland, regulations related to statutory systems of social security and public retirement plans [with respect to qualifying period, residency requirement, etc.], and all other provisions of the legislation relating to immigration, entry, stay and work* »).

[style-vj=1](#)En conclusion, le GATS ne [shys](#)'oppose pas ce que soit imposé à un soumissionnaire 155 établi dans un Etat membre de [shy](#)l'OMC [shy](#)l'obligation [shy](#)d'appliquer à ses travailleurs détachés les **conditions de travail du lieu [shy](#)d'exécution du marché**. [shy](#)L'entreprise soumissionnaire établie dans un Etat tiers qui détache ses travailleurs en Suisse pour [shy](#)-l'exécution [shy](#)d'un marché public peut être contrainte à respecter non seulement la liste exhaustive des conditions de travail prévues par [shy](#)l'art. 2 de la Loi fédérale sur les travailleurs détachés (conditions de travail prévues dans une loi ou ordonnance, dans une CCT déclarée [shy](#)d'application générale ou un contrat-type de travail au sens de [shy](#)l'art. 360a CO), mais aussi toutes les autres conditions usuelles de travail (art. 22 LÉtr). Le GATS ne [shys](#)'oppose pas non plus à ce que la réglementation interne sur les marchés publics prévoie des obligations supplémentaires en ce qui concerne les conditions de travail applicables aux travailleurs détachés, de sorte que [shys](#)'appliquent aussi [shy](#)l'art. 8 I/b LMP et les art. 6-7 OMP dans le cas [shy](#)d'un marché public fédéral, respectivement les règles cantonales calquées sur le § 7 des Directives AIMP dans [shy](#)l'hypothèse [shy](#)d'un marché public de niveau cantonal ou communal. [shy](#)L'application [shy](#)d'une [shy](#)règle différente aux soumissionnaires établis en Suisse (règle des conditions de travail au lieu de provenance) par rapport aux soumissionnaires établis dans des Etats tiers Parties à [shy](#)l'AMP (règle des conditions de travail au lieu [shy](#)-d'exécution) ne constitue **pas**, envers ces derniers, une **discrimination** contraire au droit international (CLERC, *Marchés*, p. 448-452 ; *contra* : WEBER, p. 172 ; COTTIER/MERKT, *Beschaffungswesen*, p. 73 ; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, *Beschaffungswesen*, N 251 ; COTTIER/CAPLAZI, *Spannungsfelder*, p. 262-264 et 275-279 ; ZWALD, *BGBM*, N 134 ; Comco, *Préavis sur le projet de révision de [shy](#)l'AIMP*, DPC 1998/2, p. 329, ch. 24-29 ; *Préavis sur le projet de loi neuchâteloise sur les marchés publics*, DPC 1998/2, p. 336, ch. 24-28).

156 [style-vj=1](#) Dans la doctrine qui considère que les soumissionnaires établis dans [shyd](#)'autres Etats parties à [shyl](#)'AMP pourraient se prévaloir du principe du traitement national de [shyl](#)'art. III AMP, deux types de solutions sont proposées pour régler la question des conditions de travail applicables aux travailleurs détachés (*infra* N 157-158). Ces deux solutions doivent, à notre avis, être rejetées, dès lors [shy](#)qu'elles ne sont pas nécessaires (*supra* N 154 s.).

157 a) Une partie des auteurs propose une **réglementation différenciée** des conditions de travail selon que le marché est ou non assujéti à [shyl](#)'AMP. Cette solution [shys](#)'inspire [shyd](#)'un document semi-officiel du 31.01.1996, « *Schnittstellen zwischen dem Submissionskonkordat und dem Binnenmarktgesetz im Submissionsbereich* », émanant du Secrétariat [shyd](#)'Etat à [shyl](#)'Economie (SECO, ex-Office fédéral des affaires économiques extérieures). Tous les soumissionnaires, [shy](#)qu'ils soient établis en Suisse ou dans [shyd](#)'autres Etats parties à [shyl](#)'AMP, [shy](#)doivent respecter les conditions de travail au lieu [shyd](#)'exécution lorsque le marché tombe dans le champ [shyd](#)'application de [shyl](#)'AMP. En revanche, une règle différenciée [shys](#)'s'applique pour les marchés non soumis à [shyl](#)'AMP : les soumissionnaires établis en Suisse sont soumis à [shyl](#)'exigence de principe découlant de la LMI du respect des conditions de travail à leur lieu de provenance en Suisse, alors que les soumissionnaires établis dans [shyd](#)'autres Etats sont soumis à la règle du respect des conditions de travail au lieu [shyd](#)'exécution des travaux (WEBER, *Binnenmarktgesetz*, p. 172 ; intervention de J.-P. DELAMURAZ in : BO CN 1995 p. 2054 ; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, *Beschaffungswesen*, N 251-253). A notre avis, la solution proposée par cette partie de la doctrine est superflue dès lors que le principe du traitement national de [shyl](#)'art. III AMP et de [shyl](#)'art. XVII GATS [shyn](#)'est pas violé par [shyl](#)'application de règles différentes en matière de respect des conditions de travail (*supra* N 154 s.). De plus, interpréter la règle de la LMI concernant le respect des conditions de travail au lieu de provenance de [shyl](#)'adjudicataire comme [shys](#)'appliquant uniquement aux marchés hors champ [shyd](#)'application de [shyl](#)'AMP force la volonté claire du législateur qui a voulu appliquer cette règle à tous les soumissionnaires établis en Suisse, quel que soit le marché passé. Cette solution [shyn](#)'aurait été applicable [shy](#)qu'en cas de subsidiarité absolue de la LMI par rapport à [shyl](#)'AIMP, mais non dès lors que la LMI constitue une loi-cadre limitée aux principes qui pose un standard minimum à respecter pour tous les marchés (CLERC, *Marchés*, p. 448 s. ; *supra* N 37-39). Enfin, une application absolue de la règle du respect des conditions de travail au lieu [shyd](#)'exécution va au-delà de ce qui est nécessaire pour combattre le dumping social (COTTIER/MERKT, *Beschaffungswesen*, p. 73).

158 b) Du fait de [shyl](#)'absence de violation du principe du traitement national (art. III AMP et art. XVII GATS, *supra* N 154 s.), il nous paraît aussi superflu [shyd](#)'appliquer un « **principe du lieu de provenance tempéré** » selon lequel un soumissionnaire étranger pourrait continuer à

appliquer à ses travailleurs détachés les conditions de travail de son lieu de provenance, mais verrait son offre affectée [shyd](#) d'un coefficient correcteur destiné à neutraliser [shyl](#) l'avantage résultant du coût de la vie plus bas à son lieu [shyd](#) d'établissement (COTTIER/CAPLAZI, Spannungsfelder, p. 275-279). Une telle solution, justifiée par le souci de rétablir une « égalité des armes », éviterait de plus difficilement le reproche [shyd](#) d'un protectionnisme déguisé.

Une **entreprise soumissionnaire établie dans un Etat membre de [shyl](#) l'UE ou de [shy-](#)** 159
l'AELE et qui entend détacher ses travailleurs en Suisse pour y exécuter un marché public dispose de droits [shyd](#) d'accès plus étendus découlant de [shyl](#) l'Accord MP, de [shyl](#) l'ALCP et de la Convention AELE. Les accords précités contiennent aussi des règles spécifiques quant aux conditions de travail dont le respect peut être imposé aux entreprises établies dans [shy-](#) l'UE/AELE et qui détachent leurs travailleurs en Suisse (ou vice-versa). La grande marge de discrétion laissée par le GATS aux Membres de [shyl](#) l'OMC pour ce qui concerne les conditions de travail des travailleurs détachés par des entreprises soumissionnaires établies dans un Etat tiers (*supra* N 154) [shys](#) s'en trouve ainsi réduite.

Comme tels, **ni [shyl](#) l'Accord MP, ni [shyl](#) l'Annexe R de la Convention AELE** ne confèrent un 160
droit [shyd](#) d'accès qui permettrait aux soumissionnaires établis dans [shyl](#) l'UE/AELE de détacher leurs travailleurs en Suisse dans le cadre [shyd](#) d'un marché public. Comme [shyl](#) l'AMP (*supra* N 154), [shyl](#) l'art. 3 § 6 de [shyl](#) l'Accord MP renvoie, par [shyl](#) l'intermédiaire de ses Annexes VI et VII au GATS (« *Les engagements pris par les parties dans le domaine des services, y compris les services de construction, au titre du présent Accord sont limités aux engagements initiaux spécifiés dans les offres finales de la Communauté et de la Suisse présentées dans le cadre de [shyl](#) l'Accord général sur le commerce des services* »). De plus, [shyl](#) l'art. 15 de [shyl](#) l'Accord MP prévoit que [shyl](#) l'Accord [shyn](#) affecte pas les droits et obligations découlant pour les Parties des accords OMC. [shyl](#) l'art. 4 de [shyl](#) l'Annexe R à la Convention AELE procède à un renvoi identique, par le biais de ses Appendices 10 et 11. En raison de ces renvois au GATS, un adjudicataire établi dans [shyl](#) l'UE/AELE ne peut déduire des principes du traitement national et de la non-discrimination prévus à [shyl](#) l'art. 6 § 1 de [shyl](#) l'Accord MP et à [shyl](#) l'art. 6 de [shy-](#) l'Annexe R à la Convention AELE, un quelconque droit à détacher sa propre main-d'œuvre pour exécuter un marché en Suisse.

[style-spacing=narrow2](#) **l'ALCP** a amélioré la situation des entreprises établies dans [shyl](#) l'UE, 161
en leur conférant un droit à détacher leurs travailleurs en Suisse pour y exécuter une prestation de services (art. 5 § 1 et 2 ALCP ; art. 17 § b/ii Annexe I ALCP ; Mess-AccordsSectoriels, p. 5621). Il faut uniquement réserver les dispositions transitoires par lesquelles [shyl](#) l'art. 10 ALCP maintient temporairement certaines restrictions à [shyl](#) l'égard de nouveaux Etats membres de [shyl](#) l'UE auxquels [shyl](#) l'ALCP est progressivement étendu (de telles restrictions

subsistent jusqu'en 2014 pour la Roumanie et la Bulgarie). Quant à son principe, le **droit au détachement des travailleurs** existe aussi bien lorsque la prestation est effectuée dans le cadre [shy](#)d'un contrat privé que lorsqu'elle [shy](#)l'est à [shy](#)l'occasion [shy](#)d'un marché public (de services ou de travaux). En revanche, la durée de ce droit au détachement varie (art. 5 § 1 *a contrario* et § 2/a ALCP) : le droit de fournir un service sur le territoire de [shy](#)l'autre partie contractante est en principe limité à 90 jours de travail effectif par année civile, à [shy](#)l'exception des cas où un autre accord international comporte des engagements spécifiques en matière de libre prestation de services. [shy](#)L'AMP et [shy](#)l'Accord MP prévoyant des engagements concernant une liste exhaustive de marchés publics de services (y compris services de construction), le droit au détachement de travailleurs dans le cadre [shy](#)d'un marché public de services ou de travaux visés par [shy](#)l'AMP ou [shy](#)l'Accord MP existe sans limite de durée, tant que dure [shy](#)l'exécution du marché public en cause. Lorsque [shy](#)l'exécution [shy](#)d'un marché assujéti à [shy](#)l'accord sectoriel sur les marchés publics implique un séjour de plus de 90 jours du prestataire de services ou du travailleur détaché, il est délivré à ces personnes un titre de séjour constatant leur droit de séjour pour une durée égale à celle de la prestation (aucun titre de séjour [shy](#)n'étant nécessaire pour les séjours de moins de 90 jours ; art. 20 et art. 1 § 1 de [shy](#)l'Annexe I sur la Libre circulation des pershysonnes). Les entreprises du Liechtenstein, de la Norvège et de [shy](#)l'Islande bénéficient du même droit au détachement de travailleurs dans le cadre [shy](#)d'une prestation de services, au titre de l'**Annexe K à la Convention AEELE** révisée (art. 29 § 2/c et § 7 AEELE ; art. 20 § 2/b AEELE ; art. 16 § b/ii Annexe K AEELE). Selon une jurisprudence constante de la CJUE, aussi bien antérieure que postérieure à la date de signature de [shy](#)l'ALCP, et dès lors applicable du fait de [shy](#)l'art. 16 § 2 ALCP, le détachement de travailleurs par une entreprise et les conditions de travail appliquées aux travailleurs détachés relèvent de la **libre prestation de services**, et non pas de la libre circulation des travailleurs. Les travailleurs employés par une entreprise établie dans un Etat membre et qui sont envoyés temporairement dans un autre Etat membre en vue [shy](#)d'y effectuer une prestation de services ne prétendent aucunement accéder au marché de [shy](#)l'emploi de ce second Etat, dès lors [shy](#)-qu'ils retournent dans leur pays [shy](#)d'origine ou de résidence après [shy](#)l'accomplissement de leur mission. En conséquence, le titulaire du droit au détachement de travailleurs est [shy](#)-l'entreprise prestataire de service, et non pas le travailleur détaché lui-même. Pour autant que cette entreprise ait son domicile ou son siège dans un Etat membre de [shy](#)l'UE/AEELE, elle bénéficie du droit au détachement découlant de [shy](#)l'ALCP/Convention AEELE ; peu importe que les travailleurs détachés eux-mêmes aient la nationalité [shy](#)d'un Etat membre de [shy](#)-l'UE/AEELE ou [shy](#)d'un pays tiers (CJCE, arrêt *Rush Portuguesa* du 27.03.1990, aff. C-113/89, Rec. 1990, p. I-1417, pt 15 ; aff. *Vander Elst* du 9.08.1994, aff. C-43/93, Rec. 1994, p. I-3803,

pt 21 ; arrêt *Michel Guiot* du 28.03.1996, aff. C-272/94, Rec. 1996, p. I-1905 ; arrêt *Finalarte* du 25.10.2001, aff. jtes C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C-54/98 et C-68/98, Rec. 2001, p. I-7831, pts 20-23 ; arrêt *Portugaia Construções* du 24.01.2002, aff. C-164/99, Rec. 2002, p. I-787, pts 14-15 ; arrêt *Wolff & Müller* du 12.10.2004, aff. C-60/03, Rec. 2004, p. I-9553, pts 30-31 ; arrêt *Laval un Partneri* du 18.12.2007, aff. C-341/05, Rec. 2007 p. I-11767, pts 56-61).

[style-vj=1](#) Les **conditions de travail applicables aux travailleurs détachés** par une entreprise soumissionnaire établie dans [shyl](#)'UE/AELE découlent aussi de l'**ALCP (respectivement de [shyl](#)'Annexe K à la Convention AELE) et de la jurisprudence de la CJUE**. Le principe de non-discrimination est une disposition centrale garantie à [shyl](#)'art. 2 de [shyl](#)'ALCP. Ce principe est ensuite concrétisé dans le cadre de [shyl](#)'Annexe I à [shyl](#)'ALCP séparément pour chacune des libertés visées par cet Accord. Toute restriction à la libre prestation de services est interdite (art. 17 de [shyl](#)'Annexe I à [shyl](#)'ALCP) et le principe du traitement national est garanti (art. 19 de [shyl](#)'Annexe I à [shyl](#)'ALCP). Il en va de même en ce qui concerne la Convention AELE, où [shyl](#)'interdiction des restrictions et des discriminations sont prévues respectivement aux art. 16 et 18 de [shyl](#)'Annexe K à la Convention AELE. Selon la jurisprudence de la CJUE, applicable par renvoi de [shyl](#)'art. 16 § 2 ALCP, [shyl](#)'application des réglementations nationales relatives aux conditions de travail ainsi que des conventions collectives de travail en vigueur dans [shyl](#)'Etat membre [shyl](#)'d'accueil aux travailleurs détachés par des prestataires de services établis dans un autre Etat membre constitue une **restriction** (non discriminatoire) à [shyl](#)'art. 56 TFUE, car elle est susceptible de prohiber, de gêner ou de rendre moins attractives les prestations de services par des personnes ou des entreprises établies dans [shyl](#)'autres Etats membres dans la mesure où elle entraîne des frais ainsi que des charges administratives et économiques supplémentaires. Lorsque cette restriction [shyl](#)'applique à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire de [shyl](#)'Etat membre [shyl](#)'d'accueil, elle peut être justifiée lorsqu'elle répond à un intérêt public de protection des travailleurs, [shyl](#)qu'elle est propre à garantir la réalisation de [shyl](#)'objectif poursuivi et [shyl](#)qu'elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. Dans ces mêmes limites, le droit de [shyl](#)'Union permet aussi aux Etats membres [shyl](#)'imposer par des moyens appropriés le respect de leurs règles en matière de conditions de travail des travailleurs détachés (CJCE, arrêt *Seco et Desquenne* du 03.02.1982, aff. 62/81, Rec. 1982, p. 223, pt 14 ; arrêt *Rush Portuguesa*, C-113/89 du 27.3.1990, Rec. 1990 p. I-1417, pt 18 ; arrêt *Portugaia Construções* du 24.1.2002, aff. C-164/99, Rec. 2002, p. I-787, pts 16-22, 25-26 ; arrêt *Wolff & Müller* du 12.10.2004, aff. C-60/03, Rec. 2004, p. I-9553, pts 31-32 ; arrêt *Commission/Allemagne* du 14.04.2005, aff. C-341/02, Rec. 2005, p. I-2733, pt 24 ; arrêt *Laval un Partneri* du 18.12.2007, aff. C-341/05, Rec. 2007, p. I-11767, pt 57 ; arrêt *Dos Santos Palhota* du 07.10.2010, aff. C-515/08,

Rec. 2010, p. I-9133, pts 47-49 ; sur la jurisprudence de la CJUE en matière de travailleurs détachés, voir notamment EPINEY/ZBINDEN, Arbeitnehmerentsendung, p. 20-44). Cette jurisprudence a été par la suite consacrée dans la **Directive 96/71/CE sur les travailleurs détachés**, dont [shyl](#)’art. 3 en particulier prévoit un noyau dur de règles impératives de protection minimales que doivent observer, dans [shyl](#)’Etat [shyd](#)’accueil, les employeurs qui y détachent des travailleurs. La Directive 96/71/CE [shyn](#)’a toutefois harmonisé ni le contenu matériel de ces règles impératives de protection minimale, ni les modalités de surveillance de leur respect. [shyC](#)’est pourquoi la CJUE interprète la Directive 96/71/CE à la lumière de [shy](#)-l’article 56 TFUE (CJCE, arrêt *Wolff & Müller* du 12.10.2004, aff. C-60/03, Rec. 2004 p. I-9553, pt 45 ; arrêt *Laval un Partneri* du 18.12.2007, aff. C-341/05, Rec. 2007 p. I-11767, pt 61 ; arrêt *Rüffert* du 03.04.2008, aff. C-346/06, Rec. 2008 p. I-1989, pt 36).

163 [style-vj=1](#)Les conditions de travail à respecter par les entreprises établies dans [shyl](#)’UE ou [shyl](#)’AELE pour leurs travailleurs détachés en Suisse dans le cadre [shyd](#)’une prestation de services sont expressément réservées dans [shyl](#)’ALCP (respectivement la Convention AELE), par un renvoi à la Directive 96/71/CE relative au détachement des travailleurs dans le cadre [shyd](#)’une prestation de services (art. 22 § 2 Annexe I ALCP ; art. 21 § 2 Annexe K AELE ; Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre [shyd](#)’une prestation de services, JO 1997 L 18/1, ci-après « Directive 96/71 »). Cette réserve permet [shyd](#)’imposer aux soumissionnaires établis dans [shyl](#)’UE/AELE et qui détachent des travailleurs en Suisse pour y fournir une prestation de service le respect des **conditions minimales de travail et de salaires applicables au lieu [shyd](#)’exécution** du marché. Ni [shyl](#)’ALCP, ni la Convention AELE ne font de différences quant aux conditions de travail applicables aux travailleurs détachés, selon que la prestation est effectuée dans le cadre [shyd](#)’un contrat privé ou [shyd](#)’un marché public. En droit interne suisse, [shyl](#)’art. 22 § 2 Annexe I ALCP et la Directive 96/71 ont été transposés dans la Loi fédérale sur les travailleurs détachés et [shyl](#)’ordonnance sur les travailleurs détachés. En particulier, les art. 2 et 3 de la Loi fédérale sur les travailleurs détachés reprennent la liste exhaustive du noyau dur des conditions minimales de travail figurant à [shyl](#)’art. 3 § 1 de la Directive 96/71. Sous [shyl](#)’angle des modalités, [shyl](#)’art. 2 de la loi prévoit que les conditions de travail minimales impératives peuvent être réglées soit par des lois fédérales ou ordon[shy](#)-nances, soit par des conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire et contrats-types de travail au sens de [shyl](#)’art. 360a CO. Dès lors que le droit suisse connaît un système de déclaration obligatoire des conventions collectives, il était justifié de ne pas reprendre la troisième possibilité – subsidiaire – prévue par [shyl](#)’art. 3 § 8 II de la Directive 96/71 dans le cas où un Etat ne connaît pas de système de la déclaration [shyd](#)’application générale des CCT

(CJCE, arrêt *Laval un Partneri* du 18.12.2007, aff. C-341/05, Rec. 2007, p. I-11767, pts 64-67 ; arrêt *Rüffert* du 03.04.2008, aff. C-346/06, Rec. 2008 p. I-1989, pts 21-27).

L'art. 22 § 2 de l'Annexe I ALCP, tout en faisant référence à la Directive 96/71, prévoit expressément que les dispositions relatives aux conditions de travail applicables aux travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de services constituent des exceptions tant à l'art. 17 (interdiction des restrictions non discriminatoires) qu'à l'art. 19 (interdiction des discriminations). De même l'art. 21 de l'Annexe K à la Convention AELE fait exception aux art. 16 et 18 de la même Annexe prévoyant respectivement l'interdiction des restrictions et celle des discriminations. Il découle de l'interprétation littérale de l'art. 22 § 2 Annexe I ALCP (respectivement art. 21 Annexe K Convention AELE) qu'il serait possible d'imposer aux entreprises établies dans un Etat membre de l'UE et détachant leurs travailleurs en Suisse dans le cadre d'une prestation de services le respect de conditions de travail différentes de celles applicables aux entreprises suisses et qui détachent leurs travailleurs dans un autre canton pour y exécuter un marché public. Une exception aussi large consentie dans le cadre de l'ALCP/Convention AELE peut surprendre dans la mesure où elle va au-delà des restrictions admises par la CJUE tant sur la base de la libre prestation de services garantie par l'art. 56 TFUE que sur celle de la Directive 96/71. Selon cette jurisprudence, d'une part, les discriminations à la libre prestation de services sont en principe interdites, sous réserve des dérogations expresses limitativement énumérées à l'art. 52 TFUE pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique (CJCE, arrêt *Rush Portuguesa* du 27.03.1990, aff. C-113/89, Rec. 1990 p. I-1417, pt 12 ; arrêt *Finalarte* du 25.10.2001, aff. jtes C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C-54/98 et C-68/98, Rec. 2001 p. I-7831, pt 82 ; arrêt *Commission/Allemagne* du 18.07.2007, aff. C-490/04, Rec. 2007 p. I-6095, pts 83-86 ; arrêt *Laval un Partneri* du 18.12.2007, aff. C-341/05, Rec. 2007 p. I-11767, pts 114-117) ; d'autre part, les restrictions à la libre prestation de services justifiées par l'intérêt public à la protection des travailleurs doivent être indistinctement applicables aux entreprises d'autres Etats membres et à celles de l'Etat membre d'accueil (CJCE, arrêt *Seco et Desquenne* du 03.02.1982, aff. 62/81, Rec. 1982 p. 223, pt 14 ; arrêt *Rush Portuguesa* du 27.03.1990, aff. C-113/89, Rec. 1990, p. I-1417, pt 18 ; arrêt *Portugaia Construções* du 24.01.2002, aff. C-164/99, Rec. 2002 p. I-787, pts 16-22, 25-26 ; arrêt *Wolff & Müller* du 12.10.2004, aff. C-60/03, Rec. 2004, p. I-9553, pts 31-32 ; arrêt *Commission/Allemagne* du 14.04.2005, aff. C-341/02, Rec. 2005 p. I-2733, pt 24 ; arrêt *Laval un Partneri* du 18.12.2007, aff. C-341/05, Rec. 2007 p. I-11767, pt 57). Une partie de la doctrine ne commente pas la double exclusion (des articles 17 et 19 Annexe I) figurant à l'art. 22 § 2 Annexe I ALCP, et considère que seules peuvent être déclarées applicables aux

travailleurs détachés par des entreprises sises dans [shyl](#)'UE les conditions de travail dont le respect est aussi exigé de la part [shyd](#)'entreprises sises en Suisse pour leurs propres travailleurs détachés dans un autre canton (PORTMANN, Flankierenden Massnahmen, p. 372, qui cite VEUVE, Mesures [shyd](#)'accompagnement, p. 309). A notre sens, le fait que le chapitre de [shyl](#)-l'Annexe I ALCP relatif à la prestation de services contienne deux règles séparées visant tant [shyl](#)'interdiction des restrictions (art. 17) que celle des discriminations (art. 19) indique que les négociateurs de [shyl](#)'ALCP avaient conscience de ces deux catégories et [shyl](#)qu'ils ont voulu déroger à ces deux dispositions en les excluant expressément de [shyl](#)'art. 22 § 2 Annexe I ALCP. Le principe découlant des art. 2 et 3 LMI était déjà en vigueur au moment de la négociation de [shyl](#)'ALCP. Il découle de ce principe que [shyl](#)'entreprise établie en Suisse et qui détache ses travailleurs dans un autre canton que celui de son établissement pour y effectuer une prestation de services doit en principe respecter les conditions de travail de son lieu de provenance, sous réserve de véritable dumping social. Cette règle est justifiée par le fait que les prescriptions en matière de conditions de travail en vigueur en Suisse sont réputées équivalentes dans les différents cantons (art. 2 V LMI, § 7 II Directives AIMP). Compte tenu de cette faible différence entre les conditions de travail applicables dans les différents cantons suisses et de [shyl](#)'exiguïté du territoire suisse qui augmente la fréquence des détachements de travailleurs inter-cantonaux, [shyl](#)'exception au principe de non-discrimination insérée dans [shyl](#)'ALCP paraît justifiée et ne pas avoir [shyd](#)'impact pratique (ég. WYLER, Détachement, p. 279-280). En conséquence, il découle à notre avis de [shyl](#)'exception expresse prévue à [shyl](#)-l'art. 22 § 2 Annexe I ALCP au principe de [shyl](#)'égalité de traitement de [shyl](#)'art. 19 Annexe I ALCP que les soumissionnaires de [shyl](#)'UE ne peuvent **pas invoquer une discrimination par rapport aux conditions de travail** applicables aux travailleurs détachés par des soumissionnaires établis en Suisse.

165 [style-vj=1](#)La Suisse a adopté trois types de mesures [shyd](#)'accompagnement à [shyl](#)'introduction progressive de la libre circulation des personnes (VEUVE, Mesures [shyd](#)'accompagnement, p. 283 ss ; PORTMANN, Flankierenden Massnahmen, p. 327 ss ; WYLER, Détachement, p. 256-269) :

- La **loi sur les travailleurs détachés** (*Loi fédérale du 08 octobre 1999 sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures [shyd](#)'accompagnement*, RS 823.20) comporte un noyau dur de conditions de travail applicables à tous les travailleurs détachés en Suisse par une entreprise sise à [shyl](#)'étranger (UE/AELE ou Etat tiers) : salaire minimal, durée du travail, vacances, hygiène et sécurité au travail, protection des femmes enceintes et des enfants, égalité de traitement femmes-hommes (art. 2 de la loi sur les travailleurs détachés). Cette liste constitue la reprise de celle

figurant dans [shyl](#) l'art. 3 de la Directive 96/71 sur les travailleurs détachés (*supra* N 162 s.). [shyl](#) l'art. 5 de la Loi fédérale sur les travailleurs détachés impose à [shyl](#) l'entreprise contractante [shyl](#) d'obliger contractuellement ses sous-traitants à respecter également cette loi (dans le même sens, art. 6 I/b OMP ; § 7 I/b Directives AIMP). Outre les organes paritaires institués par les CCT et les autorités existantes, la Loi fédérale sur les travailleurs détachés est mise en œuvre par des commissions tripartites instituées par les cantons ou la Confédération et composées en nombre égal de représentants des employeurs, des travailleurs et de [shyl](#) l'Etat (art. 7 de la Loi fédérale sur les travailleurs détachés et art. 360b CO). La Loi fédérale sur les travailleurs détachés ne [shyl](#) s'applique pas à la location transfrontalière de personnel par des agences temporaires établies à [shyl](#) l'étranger (art. 22 § 3/i Annexe I ALCP). De ce fait, [shyl](#) l'art. 12 II de la loi sur le service de [shyl](#) l'emploi, qui interdit la location en Suisse de personnel en provenance de [shyl](#) l'étranger, reste applicable (LF du 6 octobre 1989 sur le service de [shyl](#) l'emploi et la location de services [LSE], RS 823.11).

- Les dispositions sur le salaire minimal et sur la durée du travail prévues dans des conventions collectives de travail (CCT) peuvent être étendues de manière facilitée en cas de sous-enchère abusive et répétée dans une branche ou une profession (art. 1a, art. 2 ch. 3^{bis} et art. 20 II LECCT).
- A défaut de CCT, les cantons et la Confédération peuvent, en cas de sous-enchère abusive et répétée, adopter un contrat-type fixant des salaires minimaux obligatoires pour la branche ou la profession (art. 360a–360f CO).

Parallèlement à l'extension de l'ALCP aux nouveaux Etats membres de l'UE entrée en vigueur les 1^{er} avril 2006 et 1^{er} juin 2009 respectivement, les mesures d'accompagnement ont été progressivement renforcées et leur mise en œuvre optimisée. Il s'est agi notamment de durcir les sanctions, d'obliger les prestataires de services à prouver leur indépendance (lutte contre l'indépendance fictive), d'appliquer aux prestataires de services établis à l'étranger les dispositions de CCT étendues relatives au dépôt d'une caution et au paiement d'une contribution aux frais d'exécution, d'obliger les cantons à engager un nombre suffisant d'inspecteurs du travail et de fixer un nombre contraignant de contrôles annuels (RO 2006 979). Les amendements adoptés en juin 2012 concernent la documentation à présenter par un prestataire de services pour justifier son statut d'indépendant en cas de contrôle sur place, ainsi que les sanctions – sous forme d'amende ou de suspension du travail – en cas de violation de cette obligation. La révision précitée étend aussi le champ d'application de la loi fédérale sur les travailleurs détachés, qui ne s'appliquait initialement qu'aux employeurs ayant leur siège à l'étranger, afin de permettre des sanctions à l'encontre d'entreprises qui emploient des

travailleurs engagés en Suisse et qui ne respectent pas les salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail impératifs. La nouvelles de 2012 crée aussi des sanctions contre les infractions aux CCT étendues selon la procédure d'extension facilitée et contre les prestataires de services qui ne respectent pas une interdiction exécutoire d'offrir leurs services en Suisse (FF 2012 3161 et 3193 ; FF 2012 5487). En revanche, le Parlement a renvoyé à un débat ultérieur et distinct la proposition de la majorité de la commission du Conseil national d'introduire une responsabilité solidaire de l'entreprise contractante pour les violations à la LDét et aux CCT étendues commises par ses sous-traitants établis à l'étranger, comme la variante consistant à limiter cette responsabilité solidaire au seul adjudicataire d'un marché public (objet 12.039, propositions relatives à l'art. 5 II LDét et à l'art 8 III LMP, voir BO CN des 29.05.2012 et 04.06.2012 ; BO CE du 30.05.2012).

c) Absence de discrimination à rebours

- 166 Les **soumissionnaires établis en Suisse** ne peuvent invoquer le fait que [shyl](#)'application différenciée de la règle du respect des conditions de travail, selon que le soumissionnaire est établi en Suisse ou dans un Etat tiers, violerait [shyl](#)'égalité de traitement garantie par les art. 8 ou 27 Cst ou par [shyl](#)'art. 8 I/a LMP (GRISEL, Droit administratif, p. 359 ; R. SCHWEIZER, Art. 8 Cst, N 35-42 ; ATF 121 I 129, c. 3d ; ATF 119 Ia 123, c. 2c, 3a et b). La distinction entre le régime applicable aux soumissionnaires [shyd](#)'autres Etats et celui applicable aux soumissionnaires domiciliés ou établis en Suisse se justifie par des motifs sérieux et objectifs. Le critère de distinction choisi (le domicile en Suisse ou à [shyl](#)'étranger) est soutenable compte tenu des circonstances de fait à régler (ATF 100 Ia 41, JdT 1976 I 490, c. 2a ; ATF 117 Ia 97, c. 3a). Les différences importantes dans les conditions de travail, qui valent à [shyl](#)'échelle internationale, et peuvent même y être source [shyd](#)'exploitation ne se présentent pas de la même manière à [shyl](#)'intérieur de la Suisse où le niveau de protection des conventions collectives applicables aux diverses branches est relativement homogène.
- 167 Afin de garantir la **sécurité juridique et la transparence**, il serait opportun que les pouvoirs adjudicateurs indiquent de manière claire et précise dans l'appel [shyd](#)'offres ou dans la documentation relative à [shyl](#)'appel [shyd](#)'offres **quelles conditions locales de travail** [shy](#)-s'appliquent à quels soumissionnaires, ou à tout le moins auprès de **quelle autorité** des renseignements à cet effet peuvent être obtenus. Une telle règle est doublement justifiée. [shy](#)-D'une part, on peut attendre des pouvoirs adjudicateurs [shy](#)qu'ils connaissent les conditions de travail applicables dont ils entendent assurer le respect. [shy](#)D'autre part, les soumissionnaires ont le droit de savoir quelles obligations leur seront applicables et ont besoin de cette

information pour calculer leur offre (LANG, Binnenmarkt, p. 35). Une telle obligation est prévue par les directives de [shy](#)l'Union européenne en matière de marchés publics (art. 27 Directive classique 2004/18 ; art. 39 Directive secteurs 2004/17). Elle découle aussi de la jurisprudence de la CJUE sur les exigences de transparence à respecter en cas de restriction à la libre prestation de services garantie par [shy](#)l'art. 56 TFUE, et en conséquence par les dispositions correspondantes de [shy](#)l'ALCP et de la Convention AELE (art. 5 ALCP et art. 17 ss Annexe I ALCP ; art. 20 § 2/b et art. 29 s. AELE ; art. 16 ss Annexe K AELE) : il importe que les dispositions en matière de conditions de travail soient suffisamment précises et accessibles pour ne pas rendre, en pratique, impossible ou excessivement difficile la détermination, par un employeur, des obligations [shy](#)qu'il devrait respecter (CJCE, arrêt *Arblade* du 23.11.1999, aff. jtes C-369/96 et C-376/96, Rec. 1999 p. I-8453, pt 43 ; arrêt *Laval un Partneri* du 18.12.2007, aff. C-341/05, Rec. 2007 p. I-11767, pt 110).

C. Passation des marchés de grande importance (art. 5 II LMI)

Le principe de non-discrimination implique, notamment, une obligation de **transparence** qui 168 permet au pouvoir adjudicateur de [shy](#)s'assurer que ledit principe est respecté. Cette obligation de transparence consiste à garantir un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché à la concurrence, ainsi que le contrôle de [shy](#)l'impartialité des procédures [shy](#)d'adjudication (*supra* N 130 ; CJUE, arrêt *Commission c/Irlande* du 18.11.2010, aff. C-226/09, non encore publiée ; CJCE, arrêt *Parking Brixen* du 13.10.2005, aff. C-458/03, Rec. 2005, p. I-8585, pts 46-50 ; arrêt *ANAV* du 06.04.2006, aff. C-410/04, Rec. 2006, p. I-3303, pts 17-22 ; arrêt *Unitron Scandinavia et 3-S* du 18.11.2009, aff. C-275/98, Rec. 1999, p. I-8291, pt 31 ; arrêt *Telaustria et Telefonadress* du 07.12.2000, aff. C-324/98, Rec. 2000, p. 10745, pts 61 s. ; Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », JO 2006 C 179/2, dont la validité a été approuvée par le Tribunal, arrêt *Commission c/Allemagne* du 20.05.2010, aff. T-258/06, Rec. 2010, p. II-2027). [shy](#)L'art. 5 II LMI concrétise ce principe pour les marchés de grande importance.

[shy](#)L'art. 5 II LMI prévoit que les marchés de grande importance (« *umfangreich* » ; « *di 169 considerevole importanza* » ; « *large-scale* »), de même que les critères [shy](#)d'aptitude et [shy](#)d'adjudication y relatifs, font [shy](#)l'objet [shy](#)d'une **publication** dans un organe officiel. La combinaison des exigences de libre accès et de publication oblige pratiquement le pouvoir adjudicateur à utiliser une procédure de passation avec mise en concurrence (**procédure**

ouverte ou sélective) pour les marchés de grande envergure. A notre sens, le pouvoir adjudicateur peut choisir librement entre la procédure ouverte ou sélective. Dans ce dernier cas, il doit toutefois respecter les principes de libre accès au marché, de transparence et de non-discrimination (*supra* N 140 ; [shyd](#) d'un avis partiellement contraire, la Comco recommande en principe la procédure ouverte, cf. Comco, *Préavis sur le 2^e projet de révision AIMP*, 17 avril 2000, DPC 2000/2, p. 270, ch. 23 s.). En revanche, une **procédure sur invitation** ou une **procédure de gré à gré** constitue déjà une restriction au libre accès au marché, qui [shyn](#) est licite que si elle satisfait aux conditions cumulatives de [shyl](#) art. 3 LMI. Ainsi, les valeurs seuils définissant [shyl](#) application de ces deux procédures doivent impérativement [shys](#) appliquer de la même façon à tous les soumissionnaires (art. 3 I/a LMI), être indispensables à la préservation [shyd](#) intérêts publics prépondérants (art. 3 I/b LMI), respecter le principe de proportionnalité (art. 3 I/c et II LMI) et ne sauraient constituer un obstacle déguisé aux échanges (art. 3 III LMI) (ZÄCH, *Rolle*, p. 77 s. ; Comco, *Préavis sur le 2^e projet de révision AIMP*, 17 avril 2000, DPC 2000/2, p. 270, ch. 25 s. ; *supra* N 141). La révision de [shyl](#) AIMP en 2001 a transposé [shy-](#) l'exigence de [shyl](#) art. 5 II LMI en prévoyant des valeurs seuils différenciées, plus élevées pour les marchés publics soumis aux accords internationaux, et plus basses pour ceux relevant du seul marché intérieur suisse (art. 7 AIMP et Annexes 1, 1^{bis} et 2 à [shyl](#) AIMP ; ZWALD, *BGBM*, N 115 s.).

170 [style-vj=1](#) Lorsque un marché doit faire [shyl](#) objet [shyd](#) un appel [shyd](#) offres selon [shyl](#) art. 5 II LMI, le pouvoir adjudicateur est tenu [shyd](#) énumérer par avance **tous les critères [shyd](#) aptitude et [shyd](#) adjudication** qui seront pris en considération. Il doit aussi spécifier clairement [shyd](#) emblée [shyl](#) ordre de priorité des critères ou l'**importance relative** [shy](#) qu'il entend accorder à chacun [shyd](#) entre eux. Ce principe vise à réduire le risque [shyd](#) abus et de manipulations de la part du pouvoir adjudicateur, en restreignant le large pouvoir [shyd](#) d'appréciation dont ce dernier dispose dans la détermination de [shyl](#) offre économiquement la plus avantageuse. De surcroît, la transparence est une condition indispensable au contrôle ultérieur du respect de [shyl](#) application de la loi par [shyl](#) autorité de recours (LMI 9). Le marché doit être adjugé dans des conditions de transparence et de concurrence optimales. Le jeu de la concurrence entre les soumissionnaires risquerait [shyd](#) être faussé si le pouvoir adjudicateur avait la possibilité de modifier librement au cours de la procédure de passation [shyd](#) un marché (après le dépôt des offres) les critères [shyd](#) adjudication, de même que leurs **pondérations** respectives (ATF 125 II 86, c. 7c ; CRM, JAAC 2000/64 n° 30, c. 3a ; JAAC 2001/65 n° 10, c. 4a ; JAAC 2001/65 n° 11, c. 2a et 3 ; TA ZH, 07.07.1999, ZBl 2000, p. 271, c. 5a et b ; diverses décisions cantonales résumées in DC 1999/4, p. 142 ss, p. 28-35 avec remarques de H. STÖCK[SHYLI](#) ; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, *Beschaffungswesen*, N 221 et 467 ; TERCIER,

Libéralisation, p. 24 s. ; GAUCH, Werkvertrag, p. 103 ; GAUCH, Liberalisierung, p. 24 ; GAUCH/STÖCKLI, Marchés publics, N 11.2 et 11.4 ; ZWALD, BGBM, N 113). Le résultat des évaluations et pondérations doit ensuite être agrégé afin [shyd](#)'aboutir à un classement final des candidats et/ou des offres (voir, par exemple, la méthode [shyd](#)'agrégation proposée par la Conférence romande des travaux publics dans ses *Annexes au Guide romand pour [shy](#)-l'adjudication des marchés publics*, <<http://www.simap.ch>> ; critiques, PICTET/BOLLINGER, Marchés publics, p. 63-65). La manière dont [shyl](#)'évaluation a été effectuée par le pouvoir adjudicateur doit pouvoir être **retracée** (*nachvollziehbar*) par [shyl](#)'autorité de recours (JAAC 2000/64 n° 63, c. 4d/aa ; JAAC 2000/64 n° 30, RDAF 2000, p. 181, c. 4c et 5a ; JAAC 2001/65 n° 9, c. 2a).

[style-vj=1](#)La mise en œuvre et la **concrétisation** du principe de transparence prévu par l'article 171 5 LMI laissent une certaine marge de manœuvre aux législateurs cantonaux. Ceux-ci, puis la jurisprudence, devront en particulier déterminer la **valeur** des marchés de grande importance. Les cantons sont liés à un double point de vue :

- D'une part, ils doivent respecter les **engagements internationaux** pris par la Confédération. La disposition figurant à la seconde phrase de [shyl](#)'art. 5 II LMI est de nature essentiellement déclarative, car le principe de la hiérarchie des normes impose de toute façon aux cantons le respect des accords internationaux (COTTIER/MERKT, Beschaffungswesen, p. 57). Les marchés dont la valeur est supérieure aux seuils retenus dans les accords internationaux conclus par la Suisse en matière de marchés publics (en particulier AMP, Accord MP, Annexe R Convention AELE) doivent être passés conformément aux procédures prévues par [shyl](#)'accord en cause. Des accords internationaux peuvent laisser subsister des discriminations sur le marché intérieur suisse, même [shys](#)'il est en pratique difficilement concevable que le même marché soit passé selon deux procédures distinctes selon que les soumissionnaires sont situés à [shyl](#)'étranger ou en Suisse. Pour parer à tout risque de discrimination à rebours, [shyl](#)'art. 5 II LMI concrétise [shyl](#)'art. 6 I LMI en obligeant les cantons à respecter également au moins les seuils internationaux par rapport aux soumissionnaires établis en Suisse (cf. *supra* N 42 ; COTTIER/MERKT, Influence, p. 470).
- [style-spacing=narrow2](#)D'autre part, le principe général de **libre accès** et de non-discrimination de l'**art. 5 I LMI** [shys](#)'applique à [shyl](#)'ensemble des marchés cantonaux et communaux, quelle que soit leur valeur et indépendamment de [shyl](#)'obligation de publication (Mess-LMI, p. 1249 ; [SHY](#)WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 171 ; COTTIER/MERKT, Beschaffungswesen, p. 57 s. ; Comco, *Préavis sur le projet de révision AIMP*, 25 mars 1998, DPC 1998/2, p. 329, ch. 19-21 ; *Préavis sur le projet de loi*

neuchâteloise, 6 mai 1998, DPC 1998/2, p. 336, ch. 23). Dans ce cadre, les cantons sont libres [shyd](#) instaurer également pour les marchés dont la valeur est inférieure aux seuils des accords internationaux une obligation de publication, [shyc](#) est-à-[shy](#) dire une procédure de passation avec mise en concurrence. De même, la CJUE a jugé que les marchés non assujettis aux directives marchés publics de [shyl](#) UE – en particulier les marchés dont la valeur est inférieure aux seuils des directives, les marchés de services non assujettis à [shy](#) l'entier des directives ou les concessions de services – restent soumis aux règles fondamentales du TFUE en matière de liberté [shyd](#) établissement (art. 49 TFUE) et de libre prestation de services (art. 56 TFUE), ainsi [shy](#) qu'aux obligations de transparence des procédures et [shyd](#) égalité de traitement des soumissionnaires qui en découlent, pour autant que le marché concerné présente un intérêt transfrontalier certain (CJUE, arrêt *Commission c/Irlande* du 18.11.2010, aff. C-226/09, non encore publiée, pts 29-33 ; arrêt *Wall* du 13.04.2010, aff. C-91/08, Rec. 2010, p. I-2815, pts 35 et 37 ; CJCE, arrêt *ANAV* du 06.04.2006, aff. C-410/04, Rec. 2006, p. I-3303, pts 17-22 ; arrêt *Unitron Scandinavia et 3-S* du 18.11.1999, C-275/98, Rec. 1999, p. I-8291, pt 31 ; arrêt *Telaustria et Telefonadress* du 07.12.2000, aff. C-324/98, Rec. 2000, p. 10745, pts 61 s. ; Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », JO 2006 C 179/2). [shy](#) L'exigence supplémentaire posée par la CJUE [shyd](#) un « intérêt transfrontalier certain » est transposée, *mutatis mutandis*, dans le droit intercantonal par [shyl](#) admission de la procédure de gré à gré pour les marchés publics de très faible valeur (Annexe 2 AIMP). La présence [shyd](#) un « **intérêt intercantonal** » paraît aussi conforme aux art. 5 et 9 LMI, dans la mesure où le Tribunal fédéral a admis [shyl](#) exclusion de principe [shyd](#) une voie de recours cantonale pour les marchés de faible valeur passés de gré à gré (ATF 131 I 137).

- 172 a) Les **critères** servant à délimiter les marchés de grande importance doivent être **objectifs et non discriminatoires**. [shy](#) L'interdiction absolue [shyd](#) une réglementation applicable de manière différente aux soumissionnaires locaux et extérieurs prévue à [shyl](#) art. 3 I/a LMI (discrimination formelle) implique que les valeurs seuils doivent [shys](#) appliquer indifféremment à tous les soumissionnaires. Elle exclut en tout cas de conserver une chasse gardée dans laquelle les soumissionnaires locaux auraient la préférence (*Comco, Préavis concernant la révision de [shyl](#) AIMP*, DPC 2000/2, p. 281, ch. 27 et 32 *i.f.*). Des motifs [shyd](#) économie de procédure en relation avec la faible valeur du marché peuvent constituer un intérêt public prépondérant (art. 3 I/b LMI), alors que des motifs à caractère protectionniste [shyn](#) entrent pas en considération. La fixation de la **valeur des seuils** peut prendre en compte le **coût administratif** engendré par une procédure de passation avec mise en concurrence

(Comco, *Préavis sur le 2^e projet de révision AIMP*, DPC 2000/2, p. 270, ch. 27 s.). Sous [shy](#)-l'angle du principe de proportionnalité (art. 3 I/c et II LMI), les valeurs seuils doivent être fixées à un niveau permettant à la fois de préserver le principe de [shy](#)l'économie de procédure et [shy](#)l'ouverture à la concurrence des marchés publics. Il faut en même temps garantir [shy](#)qu'une part aussi importante que possible du volume total des marchés soit attribuée dans le cadre [shy](#)d'une procédure avec mise en concurrence (Comco, *Préavis concernant la révision de shy*l'AIMP, DPC 2000/2, p. 281, ch. 30-32 ; ZWALD, BGBM, N 110, 116 et n. 152).

b) Moduler la définition des marchés importants et [shy](#)l'obligation de publication qui en 173 découle selon des seuils différenciés en fonction de la **taille du pouvoir adjudicateur** [shy](#)s'avérerait pratiquement problématique (WEBER, *Binnenmarktgesetz*, p. 171 ; LANG, *Binnenmarkt*, p. 29). Si [shy](#)l'on prend en compte la proportion entre la valeur du marché et la taille du pouvoir adjudicateur, même un marché de faible valeur est important pour un petit pouvoir adjudicateur, communal par exemple. Si [shy](#)l'on considère en revanche la proportion entre les coûts administratifs liés à la passation du marché et la taille du pouvoir adjudicateur, seuls les marchés de très grande valeur justifient les frais [shy](#)d'une procédure avec mise en concurrence pour un petit pouvoir adjudicateur.

c) On voit mal comment un pouvoir adjudicateur cantonal ou communal pourrait 174 démontrer [shy](#)qu'il ne restreint pas de manière illicite la liberté [shy](#)d'accès au marché intérieur suisse [shy](#)s'il pratiquait systématiquement la procédure de gré à gré pour les **marchés shy**-**d'une valeur inférieure aux seuils fixés dans les accords internationaux**. Des considérations pratiques imposent le maintien [shy](#)d'un rapport raisonnable entre les coûts administratifs de la procédure de passation et la valeur du marché. La Comco a admis que la passation de gré à gré des marchés de faible importance pouvait constituer une restriction justifiée à [shy](#)l'accès au marché lorsque les coûts administratifs [shy](#)d'une procédure de passation avec mise en concurrence seraient disproportionnés par rapport à la valeur du marché. En conséquence, le critère à prendre en compte pour délimiter les marchés de grande importance est celui du **rapport entre la valeur du marché et les coûts administratifs** liés à la procédure de passation (ZWALD, BGBM, N 116 et n. 152). Une étude ECOPLAN réalisée en 1994 a proposé des valeurs seuils de CHF 300 000 pour la publication des marchés de travaux et de CHF 150 000 pour celle des marchés de fournitures ou de services. La Comco a admis dans une première phase les valeurs seuils retenues par les législateurs cantonaux, tout en se réservant de revenir sur cette question compte tenu des expériences faites en pratique (Comco, *Préavis concernant le projet de révision de shy*l'AIMP, DPC 1998/2, p. 329, ch. 19-21 ; *Préavis concernant la révision de shy*l'AIMP, DPC 2000/2, p. 281, ch. 35-39).

175 d) La révision de [shyl](#)'AIMP en 2001 a transposé [shyl](#)'exigence de [shyl](#)'art. 5 II LMI en prévoyant des valeurs seuils différenciées, plus élevées pour les marchés publics soumis aux accords internationaux, et plus basses pour ceux relevant du seul marché intérieur suisse (art. 7 AIMP et Annexes 1, 1^{bis} et 2 à [shyl](#)'AIMP ; ZWALD, BGBM, N 115 s.). [shyl](#)'AIMP [shyl](#)-s'applique désormais à tous les marchés publics cantonaux et communaux, indépendamment de leurs valeurs. Pour les **marchés non soumis aux accords internationaux**, les types de procédure de passation y sont modulées en fonction de la valeur du marché selon trois échelons : pleine mise en concurrence (procédure ouverte ou sélective) pour les marchés les plus importants, mise en concurrence limitée (procédure sur invitation) pour les marchés [shyl](#)-d'importance moyenne, et attribution directe (procédure de gré à gré) pour les petits marchés (annexe 2 AIMP) :

	Fournitures	Services	Travaux (gros œuvre)	Travaux (second shyl - œuvre)
Gré à gré	< 100 000	<150 000	< 300 000	<150 000
Invitation à soumissionner	entre 100 000 et 250 000	entre 150 000 et 250 000	entre 300 000 et 500 000	entre 150 000 et 250 000
Procédure ouverte ou sélective	> 250 000	> 250 000	> 500 000	> 250 000

Les valeurs seuils retenues par [shyl](#)'annexe 2 AIMP sont le plus souvent comparables à celles prévues par la réglementation fédérale autonome des **art. 35-36 OMP** et reflètent un certain consensus au niveau cantonal, respectivement fédéral, quant à la détermination des marchés de grande importance (CLERC, Marchés, p. 394 ; COTTIER/MERKT, Beschaffungswesen, p. 65 et 71 ; LANG, Binnenmarkt, p. 28). Les cantons maintiennent toutefois des valeurs seuils plus élevées que celles pratiquées au niveau fédéral pour le même type de procédure de passation. Ainsi, [shyl](#)'attribution de gré à gré peut être pratiquée dans les cantons pour des marchés de fournitures [shyl](#)'une valeur allant jusqu'à CHF 100 000, alors que le seuil correspondant dans la réglementation fédérale est limité à CHF 50 000 (art. 36 II/c OMP et annexe 2 AIMP). Le seuil de la procédure de gré à gré pour les marchés de service est fixé uniformément à CHF 150 000 pour aussi bien au niveau fédéral [shyl](#)qu'intercantonal (art. 36 II/b OMP ; annexe 2 AIMP).

176 [style-vj=1a](#)) Selon les éléments [shyl](#)qu'elles prennent en compte, les **méthodes [shyl](#)-d'évaluation de la valeur du marché** peuvent faire passer le montant estimé du marché au-dessus ou au-dessous des seuils déterminants pour [shyl](#)'application [shyl](#)'une procédure avec

mise en concurrence. Selon les cas, le mode de calcul de la valeur du marché peut constituer un obstacle déguisé à [shyl](#)'ouverture du marché intérieur (art. 3 LMI). Dans le même sens, la règle générale de [shyl](#)'art. II § 3 AMP prévoit que le pouvoir adjudicateur ne doit pas choisir une méthode particulière [shyd](#)'évaluation du marché ou scinder ce dernier en plusieurs lots dans le seul but [shyd](#)'en faire passer la valeur au-dessous des seuils de [shyl](#)'AMP. La réglementation spécifique des méthodes [shyd](#)'évaluation de la valeur des marchés est relativement sommaire. [shyl](#)'art. II AMP fixe certaines règles [shyd](#)'évaluation pour les marchés de fournitures et de services, qui ont été reprises partiellement dans le droit fédéral (art. 7 LMP ; art. 14, 14a, 15 et 15a OMP ; FETZ, Beschaffungsrecht, p. 510, N 71) et le droit intercantonal (art. 7 I^{er} et II AIMP ; § 2, 3 II, 4 Directives AIMP). Des méthodes de calcul spécifiques sont prescrites en cas de répétition de contrats analogues, de division du marché en plusieurs lots, de prise en compte [shyd](#)'options sur de futurs marchés ou de contrats à durée indéterminée. Au surplus, deux règles générales président à [shyl](#)'évaluation des marchés : [shyd](#)'une part, la méthode [shyd](#)'évaluation ne doit pas être choisie, et les quantités à acquérir ne doivent pas être scindées, de manière à contourner [shyl](#)'application des règles sur les marchés publics (art. II § 3 AMP) ; [shyd](#)'autre part, [shyl](#)'évaluation tient compte de toutes les formes de rémunération, y compris toute prime, rétribution ou commission et tous intérêts à recevoir (art. II § 2 AMP). La valeur du marché fait [shyl](#)'objet [shyd](#)'une **estimation par le pouvoir adjudicateur avant le lancement** de toute procédure de passation. [shyl](#)'estimation doit être basée sur la **valeur totale du marché du point de vue [shyd](#)'un soumissionnaire potentiel**, ce qui comprend non seulement [shyl](#)'ensemble des montants que le pouvoir adjudicateur aura à payer, mais aussi toutes les recettes qui proviendront de tiers. En effet, le libellé de [shyl](#)'art. II § 2 AMP ne limite pas les montants à prendre en compte pour la détermination de la valeur [shyd](#)'un marché uniquement à ceux provenant du pouvoir adjudicateur. Une telle règle serait contraire à la finalité des règles en matière de marchés publics, qui est de garantir aux soumissionnaires potentiels [shyl](#)'accès aux marchés publics qui les intéressent et le développement [shyd](#)'une concurrence suffisante et non faussée. Cet objectif nécessite une publicité des appels [shyd](#)'offres afin que les opportunités de marchés ayant une valeur suffisamment élevée soient portées à la connaissance des soumissionnaires potentiels, de sorte que [shyc](#)'est à partir du point de vue de ces derniers [shyl](#)'il y a lieu de calculer la valeur [shyd](#)'un marché et de vérifier si celle-ci atteint les seuils pertinents. [shyl](#)'intérêt [shyd](#)'un soumissionnaire potentiel pour un marché [shyl](#)'attache à la **valeur globale** de celui-ci (CJCE, arrêt *Auroux* du 18.01.2007, aff. C-220/05, Rec. 2007, p. I-385, pts 49-55). Ainsi, la valeur [shyd](#)'un marché portant sur la conception et la réalisation [shyd](#)'un pôle de loisirs, envisagée du point de vue de [shyl](#)'adjudicataire, inclut non seulement les paiements effectués par la ville

(qui acquiert le parking public, les voies [shyd](#) d'accès et espaces publics, et qui contribue au financement des autres ouvrages), mais aussi les recettes provenant de la vente directe des autres ouvrages (cinéma multiplex, locaux commerciaux, hôtel) par [shyl](#) l'adjudicataire à des tiers (CJCE, arrêt *Auroux* du 18.01.2007, aff. C-220/05, Rec. 2007, p. I-385, pts 49-55). En Suisse aussi, il résulte de [shyl](#) l'art. II AMP que toutes les formes de rémunération, et non pas uniquement le prix versé par le pouvoir adjudicateur, doivent entrer en compte dans le calcul de la valeur du marché (pour les marchés publics fédéraux : art. 14a III OMP ; pour les marchés publics cantonaux et communaux : § 2 I Directives AIMP). Ainsi, bien que la Ville de Genève ne verse pas directement une somme [shyd](#) d'argent en contrepartie de la fourniture et gestion [shyd](#) d'un système de vélos en libre-service, cette prestation constitue un marché public dont la valeur correspond à la diminution du montant offert par les soumissionnaires à la Ville pour la redevance liée à [shyl](#) l'octroi du monopole [shyd](#) d'affichage (ATF 135 II 49, c. 5.2.2). Est pertinente en règle générale [shyl](#) l'estimation de la valeur du marché faite par le pouvoir adjudicateur **avant sa mise en soumission** et non pas la valeur du marché qui ressort de la décision [shyd](#) d'adjudication. Cette règle est limitée par les règles de la bonne foi. [shyD](#) d'abord, un marché ne peut pas être subdivisé en vue [shyd](#) d'éviter les dispositions de la réglementation sur les marchés publics (art. II § 3 AMP ; art. 7 I LMP et art. 14a I-II OMP ; § 2 II Directives AIMP). Ensuite, [shyl](#) l'estimation doit être faite avec prudence et soin, le pouvoir adjudicateur ne devant pas « jouer » avec la valeur du marché ou calculer celle-ci trop étroitement, mais devant plutôt se référer à la marge supérieure de [shyl](#) l'estimation. Le pouvoir adjudicateur peut se tromper dans [shyl](#) l'estimation, pour autant [shy](#) qu'il reste de bonne foi. Lorsque le montant estimé contenu dans les devis demandés par le pouvoir adjudicateur est très éloigné de la réalité et que les devis comportent [shyd](#) d'importants manquements, le pouvoir adjudicateur ne peut plus se prévaloir de sa propre estimation pour soutenir que le seuil pertinent ne serait pas atteint (TAF, arrêt du 20.07.2010, B-4657/2009, c. 2.7).

177 [style-top=5.2ptb](#)) [style-spacing=narrow3](#)L'AMP ne détermine pas le mode de calcul de la valeur des marchés publics de travaux. Dans sa transposition de [shyl](#) l'AMP, de [shyl](#) l'Accord MP et de [shyl](#) l'Annexe R Convention AELE, la Suisse a choisi de se fonder sur la **valeur globale de [shyl](#) l'ouvrage**, suivant ainsi la solution adoptée par les directives de [shyl](#) l'UE en matière de marchés publics et renonçant à épuiser la possibilité implicitement laissée par [shyl](#) l'AMP [shy](#) d'un calcul par groupes de travaux spécifiques (art. 7 II LMP ; art. 7 II AIMP ; *infra* N 179). A [shyl](#) l'image de [shyl](#) l'UE, la Suisse a en outre adopté une clause *de minimis* pour les petits marchés de travaux qui [shyn](#) n'atteignent pas séparément CHF 2 millions et dont la valeur totale ne dépasse pas 20 % de la valeur globale de [shyl](#) l'ouvrage réalisé (annexe 5 à [shyl](#) l'appendice I à [shyl](#) l'AMP ; art. 7 II *i.f.* LMP ; art. 14 OMP, art. 32/a/2 OMP et art. 35 III/h OMP ; art. 7 II

i.f. AIMP et art. 5 Directives AIMP ; *supra* N 143). Les problématiques relatives au mode de calcul de la valeur des marchés de travaux (*infra* N 178) et à [shyl](#)'existence [shyd](#)'un seul ou de plusieurs marchés (subdivision des marchés, *infra* N 179) il [shyl](#) illustrent les obstacles au marché intérieur pouvant résulter du mode [shyd](#)'évaluation du marché, dès lors que la valeur de celui-ci détermine le type de procédure de passation utilisé.

c) L'AIMP prévoit [shyd](#)'évaluer la valeur des **marchés de travaux** selon un **système dualiste** 178. Lorsque la valeur globale de [shyl](#)'ouvrage est supérieure aux seuils internationaux, la valeur globale de [shyl](#)'ouvrage détermine la procédure de passation à utiliser pour tous les marchés de construction passés pour la réalisation de [shyl](#)'ouvrage, sous réserve de la clause *de minimis* (art. 7 II AIMP ; *supra* N 177 et 143). Lorsque la valeur globale de [shyl](#)'ouvrage est inférieure aux seuils internationaux, le mode de passation est déterminé individuellement en fonction de la valeur de chaque marché de travaux contribuant à la réalisation de [shyl](#)'ouvrage (§ 3 II Directives AIMP ; Message-type AIMP, p. 17). Les deux méthodes [shyn](#)'ont pas la même **force normative**. Pour les marchés entrant dans le champ [shyd](#)'application des accords internationaux, le calcul en fonction de la valeur globale de [shyl](#)'ouvrage est obligatoire. En revanche, pour les marchés publics non soumis à un accord international, le calcul par lot individuel de travaux est facultatif, dès lors [shy](#)qu'il [shyn](#)'est prévu que dans les Directives-types AIMP. [shyl](#)L'AIMP ne confère aucune force contraignante aux Directives-types, qui constituent un simple modèle. Les cantons sont uniquement tenus [shyd](#)'adopter des dispositions [shyd](#)'exécution qui soient conformes aux règles de [shyl](#)'AIMP. Chaque canton reste libre [shyd](#)'ouvrir ses marchés publics au-delà des exigences minimales de [shyl](#)'AIMP (Message-type AIMP, p. 13), notamment en adoptant dans sa réglementation cantonale [shyd](#)'exécution la méthode basée sur la valeur globale de [shyl](#)'ouvrage, également pour les marchés non visés par les accords internationaux. [shyl](#)L'utilisation du principe de la valeur des marchés de travaux isolés constitue une restriction pratique importante à [shyl](#)'ouverture des marchés de travaux. Une simulation réalisée par le service vaudois de la construction des bâtiments a montré que, sur 4362 adjudications qui ont fait [shyl](#)'objet [shyd](#)'une procédure ouverte avec une méthode [shyd](#)'évaluation basée sur la valeur globale de [shyl](#)'ouvrage, seuls 67 auraient encore fait [shyl](#)'objet [shyd](#)'une publication avec le système des marchés distincts. De plus, cette méthode [shyd](#)'évaluation pourrait inciter les pouvoirs adjudicateurs à sous-estimer le montant total [shyd](#)'un ouvrage pour échapper à [shyl](#)'ouverture des marchés. Selon le service vaudois de la construction, pour un ouvrage [shyd](#)'un coût égal à la valeur du seuil international de CHF 9 575 000, ce sont des appels [shyd](#)'offres pour une valeur estimée totale de CHF 7 660 000 (après déduction de la clause *de minimis* de 20 %) qui doivent être lancés. Avec le système des marchés de construction distincts, seule la maçonnerie et quelques lots du

second œuvre [shy](#) qu'on peut estimer à environ CHF 3 000 000 nécessitent une ouverture (détermination du Conseil [shyd](#)'Etat vaudois du 28.04.2000 sur le projet de révision de [shy](#)-l'AIMP).

179 [style-vj=1d](#)) La valeur [shyd](#)'un marché dépend aussi de la manière dont celui-ci peut ou non être **subdivisé** en plusieurs marchés distincts. En matière de **fournitures et de services**, [shy](#)-l'art. II § 4 AMP exprime une règle générale en prescrivant de tenir compte de la valeur totale des contrats successifs analogues passés au cours [shyd](#)'une période de 12 mois si la quantité à acquérir est telle que plus [shyd](#)'un marché soit conclu ou que des marchés soient passés par lots séparés. Il [shyn](#)'existe en revanche aucune définition de ce que constitue « la quantité à acquérir » (« *an individual requirement* ») ou « les contrats successifs analogues » (« *similar recurring contracts* »). Il est difficile de déterminer si des marchés séparés peuvent être justifiés au nom de la longue politique [shyd](#)'achats indépendants pratiqués, par exemple, par chaque centre ou faculté [shyd](#)'une même université, ou [shys](#)'il existe une obligation de cumuler les acquisitions du même type de produit ou de service par des entités relevant fonctionnellement de la même institution (CLERC, Mondialisation, p. 181 s.). En matière de **travaux**, la Suisse a repris les règles de [shyl](#)'UE basées sur la valeur de [shyl](#)'ouvrage (Message 2 GATT, FF 1994 IV p. 1224 s. ; *supra* N 176). Selon les accords internationaux, « un contrat de services de construction est un contrat qui a pour objectif la réalisation, par quelque moyen que ce soit, de travaux de construction [shyd](#)'ouvrages de génie civil ou de bâtiments, au sens de la division 51 de la Classification centrale de produits (CPC) » (Annexe 5 de [shyl](#)'Appendice I à [shyl](#)'AMP ; Annexe VII Accord MP ; Appendice 11 de [shyl](#)'Annexe R à la Convention AELE). Les directives marchés publics de [shyl](#)'UE (art. 1 § 2/b Directive classique 2004/18 ; art. 1 § 2/b Directive secteurs 2004/17), reprises de manière incomplète en droit suisse (art. 5 II LMP ; art. 6 II AIMP), définissent un ouvrage comme le résultat [shyd](#)'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique. Il en résulte que [shyl](#)'existence [shyd](#)'un **ouvrage unique** doit être appréciée par rapport à la **fonction économique et technique du résultat des travaux concernés** (CJCE, arrêt *Commission c/France*, aff. C-16/98 du 05.10.2000, Rec. 2000, p. I-8315, pt 36). [shy](#)-L'existence [shyd](#)'un seul et même pouvoir adjudicateur ou la possibilité pour une seule entreprise de réaliser [shyl](#)'ensemble des travaux peuvent, selon les circonstances, corroborer [shyl](#)'existence [shyd](#)'un ouvrage, mais aucun de ces deux éléments [shyn](#)'est déterminant. Par exemple, la construction [shyd](#)'une route traversant le territoire de plusieurs collectivités locales dont chacune a la responsabilité [shyd](#)'une partie de la route constituerait un seul marché (CJCE, arrêt *Commission c/France* précité, pts 42-46). La CJUE a admis, en raison de leurs fonctions techniques et économiques différentes, la passation distincte des marchés [shyd](#)'électrification

et [shyd](#)'éclairage public. Le fait que [shyd](#)'autres pouvoirs adjudicateurs aient choisi de faire figurer dans un même avis de marché les travaux [shyd](#)'électrification et ceux concernant [shy](#)-l'éclairage public [shyn](#)'est pas un argument de nature à affecter la fonction économique et technique différente de ces deux réseaux (CJCE, arrêt *Commission c/France* précité, pts 49-60). La CJUE a [style-break=justify](#)en revanche considéré comme artificielle la scission géographique de travaux [shyd](#)'électrification en Vendée, passés comme des marchés distincts par chaque syndicat intercommunal. Elle a tenu [shyd](#)'abord compte du fait que le réseau de distribution [shyd](#)'électricité est nécessairement interconnectable et remplit une seule fonction économique et technique [shyd](#)'acheminement de [shyl](#)'électricité aux consommateurs. De plus, [shyd](#)'autres éléments tels que la simultanéité du lancement des marchés litigieux, la similitude des appels [shyd](#)'offres, [shyl](#)'unité du cadre géographique à [shyl](#)'intérieur duquel ces marchés ont été lancés et la coordination assurée par [shyl](#)'organisme regroupant les syndicats intercommunaux au niveau départemental, plaident pour le regroupement de ces marchés [shyd](#)'électrification en un seul ouvrage. En revanche, dès lors [shy](#)qu'une interconnexion des réseaux [shyd](#)'éclairage public ne [shys](#)'impose pas techniquement et que ceux-ci peuvent être limités aux zones bâties, une scission géographique de ces marchés entre les différents syndicats intercommunaux de Vendée était justifiée (CJCE, arrêt *Commission c/France* précité, pts 61-70). Dans le cadre du projet [shyd](#)'assainissement et [shyd](#)'agrandissement de la place [shyd](#)'armes de Drogneux, divisé en trois étapes de CHF 12 millions, 13 millions et 15 millions respectivement, le TAF [shys](#)'est interrogé sur la question de savoir si ces trois étapes formaient ensemble un seul ouvrage (ATAF 2009/18, c. 2.4 et 2.41, qui se réfère en matière de scission artificielle du marché à [shyl](#)'arrêt précité *Commission c/France* du 05.10.2000, pt 36).

[style-spacing=narrow2style-vj=1](#)L'appel [shyd](#)'offres pour les marchés de grande importance 180 doit faire [shyl](#)'objet [shyd](#)'une **publication dans un organe officiel** (« *amtlich publiziert* » ; « *pubblicati su un organo ufficiale* » ; « *officially published* ») selon [shyl](#)'art. 5 II LMI. Selon [shyl](#)'art. 13/a AIMP, la publication doit avoir lieu au moins dans la feuille officielle cantonale. Toutefois, la nécessité de consulter 26 feuilles [shyd](#)'avis cantonales constitue un obstacle de fait à la réalisation du marché intérieur. En conséquence, les cantons ont convenu avec le SECO, sur une base volontaire, [shy](#)qu'un résumé de leurs appels [shyd](#)'offres serait en règle générale également publié dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC). Cette solution offre [shyl](#)'avantage [shyd](#)'un **accès centralisé** à tous les appels [shyd](#)'offres des cantons et de la Confédération. Elle est reprise par [shyl](#)'art. 4 § 1/a Accord MP. [shy](#)L'ouverture effective des marchés dépend surtout [shyd](#)'un système de **passation électronique des marchés**, qui comprenne la diffusion par les pouvoirs adjudicateurs des appels [shyd](#)'offres et des cahiers des charges, une possibilité de tri des avis de marchés en fonction de leur objet ainsi [shy](#)qu'un

envoi des offres par les soumissionnaires par voie électronique (art. 19 II OMP ; § 23 II et 24 Directives AIMP ; LANG, Binnenmarkt, p. 31). Dans [shyl](#)'UE, les avis obligatoires en matière de marchés publics sont diffusés électroniquement dans le Supplément au Journal Officiel disponible sur TED (<<http://ted.europa.eu>>). [shyl](#)L'art. XXIV § 8 AMP prévoit aussi une adaptation de ses procédures de passation aux innovations, notamment en ce qui concerne [shyl](#)-l'utilisation des technologies de [shyl](#)l'information dans la passation des marchés par voie électronique. [shyl](#)L'art. 12 Accord MP prévoit une coopération des parties en vue [shyl](#)d'assurer [shyl](#)l'interopérabilité de leurs systèmes de passation électronique des marchés. Le site <<http://www.simap.ch>>, regroupant la Confédération et les cantons, offre un accès centralisé aux appels [shyl](#)d'offres et aux cahiers des charges y relatifs, ainsi que des informations sur les lois et règlements en vigueur, et sur la jurisprudence en matière de marchés publics (§ 10 II, § 34 II Directives AIMP).

