

De l'inévitable internationalisation de la procédure administrative: l'exemple des marchés publics

ANDREAS R. ZIEGLER *

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne

Plan

- I. Introduction
- II. Un précédent: le droit à un procès équitable
- III. Les accords de l'OMC
 - 1. En général
 - 2. L'importance de la procédure dans les Accords de l'OMC
 - 3. Applicabilité des Accords de l'OMC dans l'ordre juridique suisse
- IV. La procédure administrative dans le domaine des marchés publics
 - 1. Principes de l'accord sur les marchés publics
 - 2. Un principe particulier déduit de l'art. 6 GPA: la « pré-implication » du soumissionnaire
- V. Conclusion

I. Introduction

Traditionnellement, il a longtemps été admis qu'en Suisse la procédure administrative, apanage de la Confédération et des cantons, était à l'abri de toute emprise du droit international, qu'en vertu d'une stricte application du principe de la souveraineté de l'État aucune règle de droit international n'était susceptible d'avoir une quelconque influence sur son contenu. Il est vrai que, quelques notoires exceptions mises à part (le domaine des immunités par exemple), les deux ordres juridiques en la matière se sont longtemps tourné le dos, s'ignorant l'un l'autre.

En Suisse, la codification de la procédure administrative fut longtemps soumise à une stricte répartition de compétence entre Confédération et

* Professeur de droit à l'Université de Lausanne. L'auteur aimerait remercier son assistant de recherche Yves Bonzon (licencié en droit) pour sa contribution à la rédaction de cette recherche.

cantons, ces derniers ayant une compétence générale en la matière. Cette répartition, en principe, est encore valable aujourd'hui. Ainsi la Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJF), puis la Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA), toutes deux applicables dans les limites des attributions de la Confédération, codifient la procédure administrative au niveau fédéral, alors que de nombreuses règles disparates contenues dans des lois spéciales y dérogent en certaines matières particulières¹ (provoquant un certain éparpillement - en allemand « Zersplitterung » - que plusieurs auteurs ont d'ailleurs eu l'occasion de déplorer²). Un modèle identique se rencontre au niveau cantonal, les diverses constitutions cantonales posant avant tout des règles organiques, tandis que chaque canton se trouve doté d'une loi cantonale de procédure et de juridiction administratives de portée générale, loi qui en principe est complétée par un certain nombre de règles contenues dans des lois cantonales spéciales. Chapeautant l'ensemble, la Constitution fédérale assure un certain nombre de garanties de procédure, autrefois principes de droit non écrit déduits de l'article 4 de l'ancienne Constitution de 1874 (aCst), qui s'imposent au niveau fédéral comme au niveau cantonal³.

Durant les dernières décennies, deux mouvements d'internationalisation touchant à deux domaines différents du droit se sont manifestés avec une intensité particulière, interférant dans cette répartition de compétence entre Confédération et cantons. Les mouvements de protection internationale des droits de l'Homme, d'une part, et de libéralisation du commerce international, d'autre part, ont entraîné un début d'harmonisation de la procédure administrative avec des répercussions sur le droit suisse. La Convention européenne des droits de l'Homme et plus récemment les accords de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sont devenus des textes d'une certaine importance pour la procédure administrative suisse. Sans oublier le mouvement d'intégration européenne qui, au vu du nombre toujours plus grand d'accords bilatéraux conclus entre la Communauté européenne et la Suisse, exerce également une influence croissante.

Cette contribution entend – à titre d'exemple - évoquer en particulier les conséquences sur la procédure administrative suisse de l'un des accords de l'OMC, l'Accord sur les marchés publics.

¹ Par exemple : LF sur la protection de la nature et du paysage, LF sur l'aménagement du territoire, LF sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes, etc.

² Cf. Thomas Locher, Änderung des Verfahrensrechts in der Invalidenversicherung – ein wohl überlegter oder ein verfehltter Revisionsvorschlag?, in: Jusletter 13. Dezember 2004, Rz 35.

³ Ces garanties sont aujourd'hui exprimées aux articles 29 et 30 de la Constitution fédérale de 2001.

II. Un précédent: le droit à un procès équitable

Première émanation du droit international à avoir eu une influence sensible sur la procédure administrative suisse, l'entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) et surtout de son article 6 alinéa 1er, d'application directe, a eu comme effet d'étendre le standard des garanties de procédure offert initialement par la Constitution fédérale. Outre le fait qu'il ouvrait une voie de recours supplémentaire, cet article 6 alinéa 1er, par l'interprétation qui fut donnée à la notion de « droits et obligations de caractère civil » qu'il contient, consacra notamment l'accès à un tribunal impartial et indépendant, et l'exigence de débats publics dans un nombre élargi de causes administratives⁴.

Dans le même sens, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU II), entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992, introduit à son article 14 alinéas 1 et 3 des garanties même plus importantes que celles offertes par l'art. 6 alinéa 1er CEDH, si l'on s'en tient à l'interprétation de la notion de « droits et obligations de caractère civil » donnée par la Commission des droits de l'Homme des Nations Unies⁵, interprétation qui inclut les contentieux de la fonction publique et dont les tribunaux suisses doivent en principe tenir compte⁶.

⁴ La Cour européenne des droits de l'Homme avait rappelé dans l'arrêt *Ringeisen c. Autriche* du 16.07.1971 que „cet article couvre toute procédure dont l'issue est déterminante pour des droits et obligations de caractère privé“, et que „peu importe la nature de la loi suivant laquelle la contestation doit être tranchée et celle de l'autorité compétente en la matière“. En ratifiant la Convention européenne des droits de l'Homme en 1974, la Suisse formula une déclaration interprétative visant à soustraire du champ d'application de l'article 6 al.1^{er} certaines procédures se déroulant dans un premier temps devant des autorités administratives et dont l'état de fait en cause n'était pas revu complètement par les autorités de recours appelées à statuer. Dans l'affaire *Belilos* du 29 avril 1988, s'agissant d'une amende prononcée par une commission de police communale dans le canton de Vaud, la Cour jugea que cette déclaration constituait une réserve de caractère général prohibée par l'art. 64 al. 1 in fine CEDH. Dès lors l'art 6 al.1 CEDH pouvait déployer en Suisse ses pleins effets.

⁵ « Décisions » du 4.11.1988, EuGRZ 1986, p. 610, et du 19.10.1994, HRLJ 1994, p. 396.

⁶ Alfred Kölz/Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Schulthess, Zurich 1998, p.17.

III. Les accords de l'OMC

1. En général

Les accords de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sont entrés en vigueur pour la Suisse le 1er juillet 1995⁷. Ces accords (qui reprennent, de même qu'ils élargissent et spécifient le système initialement contenu dans le GATT de 1947) sont le fruit d'une prise de conscience, après la Seconde guerre mondiale, des effets néfastes pour l'économie mondiale du protectionnisme et de son potentiel à générer des crises économiques et politiques.

Ces accords ramènent sur le devant de la scène et consacrent le modèle économique du libre-échange, modèle d'inspiration essentiellement anglo-saxonne qui trouve son origine idéologique au XIXe siècle principalement. Pour instaurer ce modèle, sans l'imposer toutefois dans sa forme absolue, les accords de l'OMC posent deux principes fondamentaux, initialement appliqués, pour l'essentiel, au commerce des biens.

Premièrement, la clause de la nation la plus favorisée oblige une partie contractante qui a accordé un avantage commercial à n'importe quelle autre partie à l'étendre à toutes les parties contractantes de l'OMC. Deuxièmement, le principe du traitement national contraint les parties contractantes à traiter un produit importé de la même manière qu'un produit fabriqué dans le pays d'importation.

Afin que les parties se conforment à ces deux principes qui, parmi d'autres, sont censés réduire les coûts qu'induiraient toutes éventuelles discriminations et éviter toute autre forme de distorsion économique, un code de bonne conduite est institué, engageant les Etats à ne pas prendre un certain nombre de mesures qui auraient pour résultat de créer des entraves au commerce international. À titre d'exemple, interdiction est faite aux Etats signataires d'établir des discriminations entre produits nationaux et produits importés (art. III, GATT), d'abuser des mesures anti-dumping (art. IV, GATT et accord spécifique), de prendre des mesures de restriction quantitative aux échanges (avec des exceptions toutefois). De plus, obligation leur est faite de se soumettre à une certaine discipline dans le domaine des subventions (art. XVI, GATT et accords spécifiques).

Ces principes généraux, de même que le code de conduite qui les accompagne, sont l'expression d'une philosophie qui sous-tend l'ensemble

⁷ Accord du 15.04.1994 instituant l'Organisation mondiale du commerce, RS 0.632.20.

des accords de l'OMC. Ils déterminent pour ainsi dire « l'esprit » de ceux-ci.

2. L'importance de la procédure dans les Accords de l'OMC

Dans de nombreux domaines relatifs aux Accords, les interdictions ou les obligations de résultat sont complétées, voire supplantées, par des règles de procédure. Ce phénomène fait suite à l'idée que la transparence et la possibilité de demander le réexamen d'une décision tendent à améliorer le respect des principes de fond en matière de politique commerciale. L'accès de l'individu à toutes les informations nécessaires pour évaluer le bien-fondé d'une décision de l'autorité, ainsi que la possibilité de demander à un organe supérieur l'examen du respect des règles de procédure deviennent ainsi des éléments particulièrement importants pour le respect de l'esprit des accords. Ce système, souvent adopté pour réaliser des objectifs d'intégration, a fait ses preuves en droit communautaire et dans les Etats fédéraux⁸.

Ainsi estime-t-on que toute distorsion économique qui pourrait résulter d'une violation des règles de non-discrimination ou d'une application arbitraire du pouvoir d'appréciation par une autorité pourra être évitée. Car souvent, l'acte illégal ou arbitraire, en entraînant un désavantage individuel pour l'acteur économique concerné en particulier, provoque simultanément une perte d'efficacité économique pour le système économique dans son entier. Le respect des règles de procédure est donc particulièrement déterminant en matière de droit économique, puisqu'il semble sensiblement à même de garantir, ou du moins d'améliorer, le respect des règles de fonds.

Alors que quelques règles de procédure apparaissaient déjà dans l'ancien GATT de 1947 (par exemple dans les domaines de l'anti-dumping ou des subventions), ces dernières sont devenues omniprésentes dans les nouveaux accords de l'OMC, en particulier dans les secteurs modernes, souvent plus complexes, de la protection des droits de propriété intellectuelle liés au commerce (Accord sur les droits de la propriété intellectuelle liés au commerce = ADPIC/TRIPS) et de la libéralisation des services (Accord général sur le commerce des services = AGCS/GATS).

La sanction d'éventuelles violations de ces droits procéduraux, garante de l'efficacité même du régime établi, dépend directement de la possibilité

⁸ À ce sujet: Mauro Cappelletti (édit.), *Integration through Law*, vol. 1-5, de Gruyter, Berlin.

pour les individus et les entreprises concernés d'invoquer ces violations devant leurs juges et autorités nationaux.

3. Applicabilité des Accords de l'OMC dans l'ordre juridique suisse

Dans cette perspective, l'applicabilité directe des dispositions d'un accord international devant les autorités nationales est capitale pour sa mise en œuvre⁹. Dans ce souci, s'agissant par exemple de l'applicabilité de l'accord TRIPS, le Message du Conseil fédéral du 19 septembre 1994 relatif à l'approbation des accords du GATT/OMC précise que „bien que de nombreuses règles contraignantes puissent s'appliquer directement, il convient, pour la transparence et la sécurité juridique des opérateurs économiques, que certaines de ces règles soient reflétées dans les lois...“¹⁰. Le Conseil fédéral confirme ici l'option suisse d'intégration automatique des traités internationaux dans l'ordre juridique national. Toutefois, pour éviter d'avoir recours aux traités internationaux en tant que tels, il prévoit d'adapter les lois nationales existantes.

En matière de procédure fédérale, le Message cité ci-dessus ajoute que „les dispositions existantes de droit fédéral relatif à la procédure et aux voies de recours doivent être modifiées ou interprétées d'une manière « nouvelle » à la lumière de l'Accord TRIPS...“; puis énumère un certain nombre de dispositions qui guideront cette nouvelle interprétation.

Exemples :

- les conséquences de l'article 46 de l'Accord TRIPS (compétence du juge d'écarter des marchandises contrefaites) sur les articles 58 du Code pénal (RS 311.0), 72 de la Loi sur le droit d'auteur (RS 231.1), 68 et 57 al. 2 de la Loi sur la protection des marques (RS 232.11) ou encore 69 de la Loi sur les brevets (RS 232.14);
- l'article 50 de l'Accord TRIPS prévoit que chaque Etat membre doit reconnaître à ses autorités la compétence de prendre des

⁹ Cf. Ernst-Ulrich Petersmann, *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law: International and Domestic Foreign Trade Law and Foreign Trade Policy in the United States, the European Community, and Switzerland*, Fribourg, Switzerland, 1991.

¹⁰ FF 1994 IV 323.

mesures provisoires, ce qui a des conséquences sur l'article 77, al. 4, de la Loi sur les brevets¹¹ ;

- de même, les articles 51 à 60 de l'Accord TRIPS, qui règlent l'intervention de l'Administration des douanes, ont des conséquences sur les articles 70ss de la Loi sur la protection des marques, les articles 75ss de la Loi sur le droit d'auteur, et l'article 12 de la Loi sur les topographies.

En matière de procédure cantonale, le Message mentionne quelques dispositions de l'Accord TRIPS qui concernent les lois procédurales et la jurisprudence des cantons. Il précise que la plupart de ces principes ne sont pas nouveaux¹².

Enfin l'article 63 de l'Accord TRIPS renforce l'obligation qu'ont les autorités suisses, dont le Tribunal fédéral et les tribunaux cantonaux, de publier – ou, si cela n'est pas possible, de mettre à disposition du public - toutes les décisions finales d'application générale touchant à la propriété intellectuelle.

IV. La procédure administrative dans le domaine des marchés publics

1. Principes de l'Accord sur les marchés publics

S'agissant de l'Accord sur les marchés publics (Government Procurement Agreement = GPA), le Message précisait que les destinataires de l'Accord „ne se trouvent engagés ou autorisés directement que lorsque le traité contient des normes concrètes directement applicables. Or l'Accord

¹¹ Cf. à ce sujet la décision de la Cour européenne de justice du 14 décembre 2000 dans les affaires jointes C-300/98 et C-392/98 *Parfums Christian Dior et al.*, et le commentaire d'Andreas R. Ziegler, *Anwendbarkeit internationaler Verträge in der Gemeinschaftsrechtsordnung; Charakter des TRIPS-Übereinkommens; Gewaltenteilung zwischen Gemeinschaftsinstitutionen in den auswärtigen Angelegenheiten; Gemeinschaftsrecht und Verhältnis Landesrecht-Völkerrecht in den Mitgliedstaaten*, EuGHE vom 25.9.2000, in: *Aktuelle Juristische Praxis* 9/2001, pp. 1112-1115.

¹² Cf. Message du Conseil fédéral (Message 1 GATT), FF 1994 IV 330.

comporte aussi bien des dispositions applicables détaillées que des principes devant être concrétisés¹³.

Ainsi la ratification par la Suisse de l'Accord GPA¹⁴, qui posait de nombreuses exigences nouvelles, dont notamment l'introduction d'un système de recours, a rendu nécessaire une refonte complète de la réglementation fédérale sur les marchés publics. Cette refonte aboutit à l'adoption d'une nouvelle loi fédérale sur les marchés publics¹⁵. De même, suite à cette ratification, la plupart des cantons ont adopté des lois cantonales qui règlent l'achat public par les autorités cantonales. La Loi vaudoise sur les marchés publics du 24 juin 1996¹⁶ nous en donne un exemple.

D'autre part, les cantons ont adopté l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics¹⁷ qui a pour but de régler la coordination de l'ouverture réciproque des marchés publics entre les cantons.

Avant la ratification de l'Accord GPA, la réglementation des marchés publics était (encore davantage qu'actuellement) dispersée dans une multitude de lois et accusait toutes les lacunes qu'implique un tel éparpillement. Parmi celles-ci, la pratique qui revenait à assimiler l'attribution d'un marché public à un contrat de droit privé entre autorité et soumissionnaire avec rejet des offres présentées par les autres soumissionnaires avait notamment pour effet de soustraire l'attribution d'un marché public à toute attaque par un moyen de droit formel¹⁸.

L'Accord GPA abroge cette situation et fait de l'attribution d'un marché public une décision administrative susceptible de recours. Un standard minimum de procédure, applicable à ce recours, est fixé par l'Accord GPA lui-même (Article XX). Entre autres règles minimales de procédure, l'Accord prescrit que le délai de plainte ne doit pas être inférieur à dix jours et que l'organisation du système de recours ne doit pas entraîner des retards. En cas de violation de l'Accord, celui-ci prévoit la correction de la

¹³ Cf. Message du Conseil fédéral (Message 2 GATT), FF 1994 IV 1214.

¹⁴ L'Accord GPA est un des accords dits « plurilatéraux » de l'OMC. Contrairement aux accords dits « multilatéraux » de l'OMC, la ratification des accords « plurilatéraux » est facultative pour les Etats membres de l'Organisation. La Suisse, comme la plupart des Etats industrialisés, a toujours été favorable à l'accord GPA, alors que beaucoup de pays moins développés s'y sont toujours montrés plutôt hostiles.

¹⁵ LF sur les marchés publics du 16 décembre 1994, RS 172.056.1.

¹⁶ LMP-VD, RS VD 726.01.

¹⁷ AIMP, RS 172.056.4.

¹⁸ Cf. Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage, Zürich 1998, § 229-235.

violation ou un dédommagement (coût de la soumission ou de la contestation). En aucun cas cependant l'adjudication en tant que telle ne peut être annulée.

Parmi les autres nouveautés qu'apporte l'Accord, le champ d'application de la loi doit être étendu aux entreprises publiques ou privées en tant qu'elles sont aux mains de la Confédération. Ces dernières se voient attribuer la qualité d'entités adjudicatrices¹⁹.

L'Accord prescrit également une transparence accrue (Articles XVII et s.) dans la procédure d'adjudication (obligation de publication) ainsi que la non-discrimination des soumissionnaires étrangers par rapport aux nationaux (Article III). Cette dernière exigence aura pour conséquence de concrétiser l'égalité de traitement entre soumissionnaires suisses.

La nouvelle Loi fédérale sur les marchés publics reprend l'essentiel de ces nouvelles prescriptions. Son article 29 fait clairement de l'adjudication une décision, susceptible d'un recours aménagé selon les articles 26ss. S'agissant de la transparence de la procédure, l'article 23 oblige l'autorité adjudicatrice, sur demande, à fournir après notification de l'adjudication un certain nombre de renseignements aux soumissionnaires dont l'offre n'a pas été retenue. L'article 24 pour sa part régit les publications.

Certaines dispositions de l'Accord GPA font aujourd'hui encore l'objet d'une application directe, faute de transposition dans la loi fédérale. C'est le cas de l'article 6 al. 4 GPA, auquel sont consacrés les développements qui suivent.

2. Un principe particulier déduit de l'art. 6 GPA: la « pré-implication » du soumissionnaire

a) Introduction

L'article 6 GPA dit:

„ Les entités ne solliciteront ni n'accepteront, d'une manière qui aurait pour effet d'empêcher la concurrence, un avis pouvant être utilisé pour l'établissement des spécifications relatives à un marché déterminé, de la part d'une société qui pourrait avoir un intérêt commercial dans le marché “.

¹⁹ Cf. annexes 1 à 3 de l'Accord GPA pour une énumération des entités adjudicatrices soumises à l'Accord.

Cette disposition, reprise par plusieurs lois cantonales sur les marchés publics, n'a pas été transposée dans la nouvelle Loi fédérale sur les marchés publics de 1994. En raison de cette lacune de la législation fédérale et de la transposition parfois ambiguë qui a été faite de cette disposition dans les lois cantonales, certains tribunaux administratifs aujourd'hui invoquent parfois directement l'article 6 GPA, quand ils ne déduisent pas son contenu de l'application des principes généraux de l'égalité de traitement et de la transparence²⁰.

Apparenté à l'obligation de récusation, l'article 6 al. 4 GPA constitue l'exemple même d'un principe nouveau, ou du moins affirmé, prescrivant pour la Suisse de nouvelles exigences en matière d'égalité de traitement. La jurisprudence et la doctrine suisses alémaniques ont déduit de cette disposition le concept nouveau de « Vorbefassung »²¹. Ce concept traduit la situation d'un soumissionnaire qui, ayant participé à la phase préparatoire d'un appel d'offres, en aurait retiré un avantage. Nous traiterons dès lors de la question de la « pré-implication » du soumissionnaire.

b) Présentation du concept de la « pré-implication » du soumissionnaire

Souvent, avant de lancer un appel d'offres, l'autorité adjudicatrice réalise une étude préliminaire, laquelle fixe de façon plus ou moins détaillée les caractéristiques de l'objet de la soumission et le profil des futurs soumissionnaires. Les administrations publiques qui souvent en Suisse, à cause de leur petite taille, ne disposent pas d'organes de services techniques propres, confient cette étude préliminaire à une entreprise privée. Ainsi cette entreprise est impliquée dans la phase préparatoire de l'appel d'offres ; dans cette phase de préparation, on dit qu'un « dialogue technique » est établi avec l'autorité adjudicatrice. L'entreprise, par ses conseils, pourra collaborer par exemple à l'établissement du cahier des charges du projet soumis à l'appel d'offres²².

²⁰ Cf. arrêts du Tribunal administratif zurichois VB.2000.00068 cons. 4c, VB.2003.00161 cons. 3a, VB.2002.00104 cons. 3c.

²¹ En allemand, cette terminologie est problématique dans la mesure où elle est également employée pour examiner l'indépendance et l'impartialité du juge. Ainsi le juge aura parfois tendance à trop s'inspirer de développements théoriques issus de ce contexte-là. Dans ce contexte, le terme de « Vorbefassung » est généralement exprimé en français par celui de « prévention » (voir : ATF 126 I 68 consid. 3-4).

²² Cf. J.-B. Zufferey/M. Amstutz/D. Esseiva, Wettbewerbsrecht in der Bauwirtschaft, § 18, Fribourg 2003. Aussi : Mauerhofer A., Die Bedeutung des Transparenzgrundsatzes im heutigen Beschaffungsrecht, Rechtsamt BVE, www.ra.bve.be.ch/pdf/aufsatz/mauerhofer_3_2002.pdf.

L'article 6 al. 4 GPA enjoint l'autorité adjudicatrice de ne pas solliciter ou accepter d'études de ce type de la part d'entreprises susceptibles de participer à l'appel d'offre subséquent. On vise à éviter des situations, que l'on imagine sans peine, où l'entreprise ayant réalisé l'étude préliminaire se retrouve, par la force des choses, dotée d'une meilleure connaissance des spécificités techniques du projet, acquérant ainsi, en vue de l'élaboration de son offre, un avantage faussant la libre concurrence et compromettant l'égalité de traitement avec les autres soumissionnaires. Sans parler des cas où cette entreprise aurait volontairement influencé l'élaboration du projet dans un sens qui lui profite²³.

Par analogie, les jurisprudences cantonales appliquent l'article 6 al. 4 GPA à des cas où l'étude préliminaire a déjà été réalisée par une entreprise qui effectivement vient à se présenter à la procédure d'appel d'offres.

Si pareil cas se produit, l'autorité adjudicatrice doit exclure le soumissionnaire de la procédure d'appel d'offres. C'est donc principalement lors de l'application de l'article 6 al. 4 GPA dans le contexte d'une éventuelle exclusion de la procédure d'appel d'offres, par l'autorité adjudicatrice, d'un soumissionnaire pré-impliqué que la jurisprudence suisse alémanique a eu l'occasion de se prononcer ces dernières années²⁴.

Toutefois, comme la formulation de l'article le laisse entendre, l'exclusion du soumissionnaire pré-impliqué ne s'imposera pas dans tous les cas. Il faut en effet que cette pré-implication soit telle que, selon les termes de l'article 6 al. 4 GPA, elle „aurait pour effet d'empêcher la concurrence“.

À ce sujet, deux remarques sont à faire. Dans cette formule, l'usage du conditionnel a une portée déterminante puisqu'il suffit que l'avantage concurrentiel apparaisse comme possible. Il n'est en effet pas nécessaire que ce dernier soit effectif et concret. Ceci revient à appliquer de façon très stricte le principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires.

Toutefois, la jurisprudence a dégagé d'autres règles qui assouplissent quelque peu cette application du principe et rendent des exceptions possibles. Une première exception est admise lorsque, en raison de l'envergure ou du haut degré de spécification technique d'un ouvrage, le cercle des soumissionnaires potentiels s'avère restreint et qu'une

²³ Cf. D. Lutz, Vorbefassung- ein Stolperstein im Beschaffungswesen, in : Kriterium, Nr. 8/ Januar 2003.

²⁴ Voir à titre d'exemples les décisions du Tribunal administratif zurichois VB.2002.00281, VB.2002.00104, VB.2001.00332, VB.2001.00219, du Tribunal administratif de Bâle-campagne 2001 22.1.2, du Tribunal administratif argovien du 16.7.1998.

concurrence efficace est susceptible de faire défaut²⁵. Il semblerait que cela soit le cas lorsque trois soumissionnaires au plus sont en mesure de répondre à l'appel d'offres²⁶.

Une deuxième exception est admise lorsque la participation préalable d'un soumissionnaire est considérée comme secondaire et qu'il n'en résulte pas pour lui un avantage significatif en matière de connaissance des spécificités techniques de l'ouvrage. Nous imaginons aisément quelles seront les difficultés, dans ce contexte, à différencier participations préalables admises et participations préalables non admises. Nous verrons à ce propos que la jurisprudence n'est pas homogène.

Lorsqu'un cas constitutif de l'une de ces deux exceptions se présente, l'autorité adjudicatrice devra, pour rétablir l'égalité de traitement, prendre un certain nombre de mesures. Dans un effort de transparence, elle devra indiquer à tous les soumissionnaires le nom, de même que la nature et l'étendue du travail préalablement effectué par le soumissionnaire pré-impliqué. Aussi devra-t-elle permettre aux autres soumissionnaires d'acquérir le même niveau de connaissance que le soumissionnaire pré-impliqué en mettant notamment à disposition de ces derniers l'ensemble des documents issus des travaux préparatoires (plans et études) et en leur impartissant un délai suffisamment long pour l'élaboration de leur offre.

c) Quelques arrêts relatifs au concept de la « pré-implication du soumissionnaire »

Le tribunal administratif du canton de Zurich a eu l'occasion d'insister sur l'importance de ces mesures visant à rétablir l'égalité de traitement. Dans un arrêt de 2002, il juge qu'un ingénieur qui s'est vu confier les études préliminaires d'un plan de quartier (plan des terrains à inclure, rapport technique, description des parcelles) est réputé ne pas avoir le droit de se présenter à l'appel d'offres portant sur l'exécution technique des mesures du même plan²⁷.

Le tribunal estime que ce type de tâches préliminaires correspond par analogie à l'élaboration de l'avant-projet d'un projet de construction et suffit en lui-même à justifier l'exclusion du soumissionnaire de la procédure d'appel d'offres. Toutefois, il relève que la défenderesse (l'autorité adjudicatrice), qui prétend au contraire que ce type de tâches

²⁵ Cf. ZBI 100/ 1999, S. 387, TA ZH, VB.2001.00261 cons. 2d. Gauch/Stöckli, Thèses sur le nouveau droit des marchés publics, § 8.3, Fribourg 1999.

²⁶ Cf. D. Lutz, idem.

²⁷ VB. 2001. 00261.

équivalait à une participation secondaire, faillit à son devoir de rendre cette participation transparente en omettant de procurer aux autres soumissionnaires les indications nécessaires.

Dans un arrêt de 2003, le même tribunal donne quelques précisions quant à la distinction entre participation préalable secondaire, non justificative d'une exclusion de la procédure d'appel d'offres, et participation préalable justificative d'une telle exclusion. Il estime qu'une entreprise qui a participé à l'élaboration des détails de planification d'un projet, et à laquelle a été confiée une étude de faisabilité, ne se contente pas de donner de simples conseils et éclaircissements à l'autorité adjudicatrice. Cette entreprise fait clairement partie de l'équipe qui a préparé l'appel d'offres et doit en être exclue, même si elle n'était pas à proprement parler responsable de la phase préparatoire. Le tribunal précise que cette collaboration, qui de plus s'est prolongée sur une certaine durée, suffit du moins à créer l'apparence d'un avantage acquis par l'entreprise en matière de connaissance²⁸.

Mentionnons encore une décision prise sur recours de la Direction des travaux du canton de Berne (RA Nr. 130/2003/5), laquelle rejette le grief de pré-implication d'un soumissionnaire. Dans cette affaire, la participation préalable du soumissionnaire est considérée comme secondaire, puisque ce dernier n'a participé à l'élaboration que d'une partie seulement d'un projet qui a été remodelé et redimensionné par la suite, nécessitant l'élaboration de documents de planification nouveaux. De plus, toutes les indications nécessaires assurant la transparence de cette participation ont été remises aux autres soumissionnaires. De même un délai suffisamment long (trois mois et demi) leur a été imparti pour soumettre leurs offres. Le tribunal relève également que tous les soumissionnaires ont participé d'une manière ou d'une autre aux diverses phases préparatoires du projet. Ainsi une application stricte du principe de l'exclusion du soumissionnaire pré-impliqué reviendrait à tous les exclure.

Autre cas de figure qui divise la jurisprudence, il arrive parfois que la personne pré-impliquée se trouve en relation étroite avec un soumissionnaire. Le Tribunal administratif zurichois a jugé qu'une adjudication en faveur d'un soumissionnaire dont un fournisseur ou un sous-traitant avait participé à la phase préparatoire de l'appel d'offres ne respectait pas le principe de la libre concurrence²⁹. Idem d'une adjudication à un soumissionnaire dont une des deux entreprises partenaires a participé

²⁸ VB. 2003.00161.

²⁹ VB. 2001.00219.

à la phase préparatoire de l'appel d'offres, et dont le concurrent direct, de plus, prend également part à l'appel d'offres³⁰.

Pour le Tribunal administratif argovien cependant, le fait qu'une entreprise qui a élaboré l'avant-projet d'un marché ait une participation dans l'entreprise adjudicataire ne fausse pas en soi l'égalité de traitement. Encore faut-il dans un tel cas qu'il y ait des indices concrets que l'adjudicataire a effectivement bénéficié d'informations de nature à fausser la libre concurrence³¹.

d) Commentaire

Il résulte de l'application du principe de la pré-implication du soumissionnaire une nouvelle conception très stricte de l'égalité de traitement entre concurrents, inconnue jusqu'alors. C'est pourquoi s'est exprimé le désir, dans la procédure de consultation d'une nouvelle loi fédérale à venir sur les marchés publics, que ce principe soit à l'avenir codifié et que son application soit assouplie.

Il apparaît en effet qu'une application stricte du principe de la pré-implication du soumissionnaire éclipse d'autres intérêts, traduits dans des principes qui s'imposent à l'autorité administrative et qui doivent guider son action.

Les principes d'efficacité et d'économie des dépenses notamment viendront inévitablement se heurter à une interprétation trop stricte du principe de la pré-implication du soumissionnaire.

Nous nous trouvons d'autre part face à un problème de praticabilité du principe qui parfois, à cause de la taille ou de la spécificité d'un marché, nécessitera des exceptions afin qu'un minimum de concurrence soit assurée.

V. Conclusion

À première vue, il semblerait que l'on se trouve en face d'un exemple d'incompatibilité entre nouvelles exigences du droit international et conceptions nationales de la procédure administrative. Il nous paraît cependant que la cause de cette incompatibilité réside dans l'interprétation parfois inadéquate qui est donnée au nouveau principe de la pré-implication du soumissionnaire. Nous pensons en effet qu'une

³⁰ VB. 2002.00263.

³¹ DC 1998. 129, n° 341.

interprétation plus nuancée du principe, prenant davantage en compte la question de sa praticabilité et impliquant une pesée des intérêts plus rigoureuse, serait à même de garantir un meilleur respect de l'esprit de la norme issue de l'Accord GPA et offrirait une approche plus réaliste au problème posé.

Il se trouve que l'absence de décision pertinente rendue par l'Organe de règlement des différends de l'OMC ou par le Tribunal fédéral à ce sujet rend la tâche des juges et autorités inférieures d'autant plus ardue.

Dans cette matière, il nous semble qu'une étude comparative s'impose, laquelle examinerait les décisions prises par les différentes autorités des autres Etats membres de l'OMC chargées d'appliquer cette norme.

Pour conclure, on ne peut que souligner l'importance croissante du droit comparé et du droit international pour le juriste suisse qui s'intéresse au droit administratif en général et à la procédure administrative en particulier.

Ceci nous permet de relever qu'à l'avenir cette nouvelle dimension de l'étude du droit administratif suisse exigera du juriste qu'il ait certaines des qualités qui ont toujours été chères au lauréat de ces *Mélanges*. Nous rendons ici hommage au Professeur Moor, dont la capacité d'abstraction particulière et l'ouverture d'esprit resteront une source d'inspiration, dans le cadre de la recherche juridique, pour tous ceux qui l'ont côtoyé.