

Préface

Le mémoire de mastère sur lequel est basé ce cahier de l'idheap est le résultat d'une recherche menée à l'Institut de hautes études en administration publique (IDHEAP) à Lausanne. Sa rédaction n'aurait pas été possible sans le concours de nombreuses personnes que je tiens à remercier.

Je remercie tout d'abord le Professeur Pascal Sciarini, qui a accepté de diriger ce mémoire, pour ses précieux conseils et un encadrement excellent dans toutes les étapes de la recherche. Mes remerciements vont aussi au Professeur Dieter Freiburghaus et au Dr. Herbert Lang pour avoir accepté d'officier comme membres du Jury.

La réflexion menée dans cette recherche et la récolte de données pour le chapitre 2 du mémoire ont également profité de mon travail à l'Institut d'études politiques et internationales de l'UNIL, dans le cadre du projet FNRS "Reshaping decision-making processes under external pressure". Je tiens à remercier le Professeur Yannis Papadopoulos, directeur du projet, et le Dr. André Mach, collaborateur au même projet, de m'avoir donné l'opportunité de participer à cette recherche et d'avoir accompagné avec intérêt mon travail de mémoire.

Je tiens aussi à remercier chaleureusement toutes les personnes qui m'ont procuré la matière nécessaire à la réalisation de cette recherche, soit en me fournissant une documentation difficilement accessible, soit en m'accueillant pour un entretien, soit encore en répondant aux questionnaires.

Je remercie également Alex Fischer, Fabrizio Gilardi et Sarah Nicolet pour leurs commentaires, et Helga Bra Rodriguez et Joëlle Simond pour leur soutien dans la relecture et la correction du mémoire. Finalement, je remercie Simon pour sa patience et son soutien.

Table des matières

Préface	I
Table des matières	III
1. Introduction	1
1.1 Problématique, question de recherche et objectifs	1
1.2 Structure de l'analyse et remarques méthodologiques	8
2. Les marchés publics en Suisse: du pouvoir discrétionnaire vers la concurrence	11
2.1 Définition de la politique publique et argumentation du choix du cas	11
2.2 Un domaine bouleversé: aperçu des réformes récentes et de la législation actuelle	13
3. La libéralisation imposée " d'en haut " - les cantons entre coopération et confrontation	24
3.1 Cadre d'analyse et hypothèses	24
3.2 Méthodes d'analyse et données	29
3.3 Dynamiques de coopération et de confrontation dans l'ouverture des marchés publics cantonaux	31
3.3.1 Processus de libéralisation dans un contexte internationalisé : bref aperçu des processus d'élaboration de l'AIMP et de la LMI au début des années 1990	32
3.3.1.1 La dynamique EEE: l'adoption de la LMI	33
3.3.1.2 La transposition de l'accord GATT: l'adoption de l'AIMP	36
3.3.2 Les stratégies adoptées par le gouvernement fédéral: un départ de la tradition de coopération verticale	40
3.3.3 Les stratégies adoptées par les cantons : Comment expliquer la coopération horizontale ?	43
3.3.4 Un renforcement limité du gouvernement fédéral	48
3.4 Conclusions du chapitre 3	50
3.5 Passage de transition	53

Table des matières

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes	55
4.1 Cadre d'analyse et hypothèses	55
4.2 Méthode d'analyse et données	60
4.3 L'impact de la préférence cantonale sur l'ouverture normative	69
4.3.1 Le poids de la culture et du passé: l'importance de la tradition d'ouverture	70
4.3.2 Le faible pouvoir explicatif des préférences gouvernementales	75
4.4 L'impact de la force des acteurs économiques sur l'ouverture normative	82
4.4.1 L'influence d'une économie cantonale "menacée"	82
4.4.2 Les parlements plus "protectionnistes" que les gouvernements	86
4.5 Le poids relatif des facteurs explicatifs: l'importance des contraintes internes	88
4.6 Conclusions du chapitre 4	92
4.7 Passage de transition	94
5. Expliquer des différences dans la mise en œuvre – comparaison de l'ouverture effective des marchés publics dans quatre cantons	96
5.1 Cadre d'analyse et hypothèses	96
5.2 Méthode d'analyse et données	102
5.2.1 Sélection des cantons	102
5.2.2 Provenance des données et méthode d'analyse	103
5.3 Diversité dans la mise en œuvre et faiblesse de l'impact des réformes	106
5.3.1 Aperçu des bases légales et des spécificités cantonales	106
5.3.1.1 La législation dans le canton de Berne	107
5.3.1.2 La législation dans le canton de Fribourg	108
5.3.1.3 La législation dans le canton de Valais	109
5.3.1.4 La législation dans le canton de Vaud	110
5.3.2 Le lien entre la capacité administrative des cantons et les ressources allouées à la mise en œuvre de la politique des marchés publics	112

Table des matières

5.3.3. Diversité intercantonale et intracantonale dans la pratique d'adjudication	122
5.3.3.1 Mesurer le degré d'ouverture et de transparence de la pratique d'adjudication	123
5.3.3.2 Diversité et similitudes dans les pratiques d'adjudication cantonales	125
5.3.4 Quel résultat des efforts de réforme? Le degré de concurrence et l'évolution du niveau des prix	140
5.3.4.1 Le degré limité de concurrence	141
5.3.4.3 La quasi-absence d'un impact au niveau des prix	148
5.4 Conclusions du chapitre 5	149
6. Conclusions	154
Bibliographie	161
Annexes	167
Annexe 1 : Liste des entretiens	167
Annexe 2 : Niveau des valeurs-seuils cantonales pour le marché intérieur suisse	168
Annexe 3 : Variantes d'opérationnalisation de l'ouverture normative : présentation des résultats et commentaires sommaires	170
Annexe 4 : Questionnaire pour la saisie des données sur l'ouverture normative	177
Annexe 5: Destinataires des questionnaires sur la procédure d'adjudication des marchés publics	179
Annexe 6: Questionnaire sur la procédure d'adjudication des marchés publics	181
Annexe 7: Codage de l' "Ouverture empirique – pratique d'adjudication "	192
Annexe 8 : Effectif et valeur des marchés publics adjugés dans les cantons entre janvier 2001 et juin 2002 selon les différentes procédures	197
Liste des Cahiers de l'IDHEAP déjà parus	199

Table des matières

Internationalisation des politiques publiques et mise en œuvre fédéraliste – La libéralisation des marchés publics cantonaux en Suisse

1. Introduction

1.1 *Problématique, question de recherche et objectifs*

Le point de départ de notre réflexion est le constat que la formulation des politiques publiques au niveau national est de plus en plus affectée par l'environnement international. Les normes élaborées aux niveaux international et supranational, notamment dans le cadre de l'Union Européenne, deviennent de plus en plus importantes en quantité et en substance et influencent dans une mesure croissante les politiques et les institutions nationales. Ce phénomène d'internationalisation de la politique a suscité l'intérêt des chercheurs, notamment en science politique. Alors que, dans un premier temps, les recherches avaient comme objectif principal d'expliquer le transfert de compétences au niveau supranational (cf. les recherches sur l'intégration européenne), une littérature plus récente s'intéresse également à l'impact du développement d'autorités et de politiques publiques internationales sur les systèmes politiques nationaux (cf. p.ex. Moravscik 1994, Green Cowles et al. 2001, Héritier et al. 2001, Börzel 2002). Ces études visent généralement à identifier les facteurs qui facilitent ou contraignent l'adaptation des politiques et institutions nationales à l'environnement international. Le terme d'adaptation comprenant plusieurs dimensions, ces auteurs visent à expliquer soit des réformes substantielles de politiques publiques spécifiques, soit des changements dans les relations de pouvoir ou les institutions nationales, soit enfin des restructurations d'appareils administratifs nationaux. Sous le nom d'"européanisation", ce type de recherches est le plus développé dans le contexte de l'Union européenne et de ses Etats-membres, mais la littérature témoigne du fait que cette vue est trop étroite. Premièrement, d'autres sources de normes que l'UE, telles que l'OMC, doivent également être prises en compte pour analyser de manière adéquate les effets de l'environnement international changeant sur les politiques nationales (cf. p.ex. Sciarini 1994). Deuxièmement, même des pays non-membres de l'UE sont profondément affectés par le développement du cadre réglementaire européen (cf. p.ex. Mach et al. 2003, Lavenex et Uçarer 2002, Sverdrup et Kux 1998). *Le présent travail de recherche s'inscrit dans cette littérature sur les effets de l'internationalisation sur les systèmes politiques nationaux*

1. Introduction

en étudiant le processus d'ouverture des marchés publics en Suisse, induit par les résultats de l'Uruguay-Round du GATT et par les négociations de l'EEE.

En effet, bien que la Suisse ne soit pas membre de l'UE, elle est de plus en plus exposée à l'influence de son environnement politique international. Les pressions à l'adaptation peuvent alors être *directes et contraignantes*, comme les accords du GATT/OMC ou les accords bilatéraux, ou alors "indirectes". Les *influences indirectes* relèvent soit d'une *pression économique* (p.ex. des exigences de standardisation ou des conditions d'accès aux marchés), soit les normes internationales fonctionnent comme *modèles* en déclenchant et en inspirant des réformes au niveau national.

Le processus d'adaptation des politiques publiques suisses à l'environnement international est particulièrement intéressant, parce que *la Suisse connaît un nombre élevé de points de veto* qui sont susceptibles d'empêcher une telle adaptation, tels que le fédéralisme, la démocratie directe (aux niveaux fédéral et cantonal) ou le bicaméralisme. Le point de veto sur lequel nous nous focalisons dans ce travail est la *structure fédéraliste de la Suisse*. En effet, les 26 cantons suisses ont des compétences normatives propres, ils participent au processus de décision au niveau fédéral et ils sont largement compétents pour la mise en œuvre des politiques, qu'elles soient cantonales ou fédérales. Les cantons détiennent donc un pouvoir étendu dans le processus politique suisse ce qui les rend capables d'affecter la *capacité d'adaptation* de la Suisse à son environnement international, dans le sens que leur accord au changement est nécessaire pour une adaptation réussie.

La question centrale de ce travail est donc de savoir comment s'opèrent dans le système fédéraliste suisse les ajustements politiques nationaux requis par l'environnement international.

Plus spécifiquement, nous nous demandons si l'autonomie cantonale fédéraliste empêche une adaptation législative rapide et une mise en œuvre fidèle aux objectifs contenus dans les normes adoptées aux niveaux législatifs supérieurs.

La formulation de cette question de recherche soulève deux objets d'analyse: *la première partie du questionnement porte sur le "comment" de l'adaptation et fait*

1. Introduction

donc référence aux changements dans les rapports de force entre les acteurs politiques nationaux – notamment entre la Confédération et les cantons – qui peuvent résulter de l'influence internationale. L'imbrication croissante de la politique extérieure et de la politique nationale affecte l'autonomie cantonale parce que la compétence en matière de politique extérieure est attribuée de manière exclusive au gouvernement fédéral – donc y compris pour la conclusion de traités concernant des domaines qui relèvent de la compétence cantonale, tels que les marchés publics. *Dans une perspective 'fédéraliste' de préservation de l'autonomie cantonale*, certains auteurs se demandent ainsi dans quelle mesure les compétences cantonales seront restreintes par les normes internationales, notamment européennes (Schweizer 2001, Abderhalden 1999). Dans ce contexte, les cantons craignent une perte d'autonomie et de pouvoir (Aubert 2001; Lombardi 1994). Toutefois, les cantons restent en principe responsables eux-mêmes de la transposition législative d'une politique définie au niveau supérieur dans les domaines qui relèvent de leur compétence¹. Ils peuvent ainsi retarder ou même empêcher l'adaptation législative et la mise en œuvre en cas de désaccord. Cette constellation particulière mène à un *rééquilibrage des rapports de pouvoir et des relations de coopération* dans ces domaines, qu'il s'agit d'étudier afin de comprendre les *implications de l'évolution des rapports de pouvoir pour la mise en œuvre* des nouvelles normes provenant de l'environnement international.

Les deuxième et troisième parties de la question de recherche s'intéressent par conséquent plutôt au contenu des nouvelles normes adoptées et à leur application concrète en adressant la question de savoir si l'autonomie cantonale rend une transposition et une implémentation correcte des nouvelles normes selon les objectifs de transparence, de concurrence, d'égalité de traitement et d'utilisation économe des deniers publics plus difficile². Dans une *perspective focalisant sur la capacité d'adaptation du système politique suisse*, certains auteurs se demandent

¹ A la fin des années 80, une controverse juridique discutait la question si c'était les cantons ou la Confédération qui était responsable de la transposition de traités internationaux. La doctrine majoritaire penche en faveur de l'autonomie cantonale (Siegwart 2000). En vue de l'adhésion à l'EEE, la Confédération et les cantons se sont mis d'accord de laisser aux cantons " *so weit wie möglich* " l'adaptation législative dans leur domaine de compétence (Lombardi 1994 : 219).

²Ce sont les quatre objectifs de la libéralisation des marchés publics (OPCA 2002).

1. Introduction

en effet si la structure fédéraliste telle que nous la connaissons à l'heure actuelle est encore adéquate face aux défis posés par le contexte international. L'hétérogénéité énorme entre les cantons notamment quant à leur taille et leurs ressources (administratives) risque d'empêcher une adaptation efficace (Tanquerel 1991, Kriesi 1995, Thürer 1992).

Cette réflexion nous amène à *discuter brièvement ce qui distingue la mise en œuvre fédéraliste d'une politique émanant du niveau international ("externe") de la mise en œuvre fédéraliste d'une politique traditionnelle ("interne")*³. Une première différence se situe probablement dans le degré d'hétérogénéité qui est admissible au niveau de l'output d'une politique. Alors que des "spécificités cantonales" dans l'orientation et l'application d'une loi sont tolérables ou même souhaitables dans l'exécution de certaines politiques fédérales, on pourrait supposer que de telles différences risquent d'être plus problématiques dans le cas de politiques co-décidées au niveau international, parce que les autorités fédérales sont directement responsables vers l'extérieur du respect et de l'application correcte des engagements internationaux sur l'ensemble du territoire national. Ce rôle particulier ("charnière") de la Confédération dans les politiques internationalisées constitue une deuxième différence, elle procédurale, dont on peut supposer qu'elle a deux conséquences principales au niveau de la mise en œuvre: D'un côté, la Confédération aura probablement *tendance à être plus présente dans l'implémentation cantonale* que dans les politiques "internes", et de créer des organes de surveillance et de monitoring fédéraux. Cette conséquence pourrait avoir un effet "homogénéisant" sur la mise en œuvre. De l'autre côté, on peut s'attendre à ce que les cantons contestent ce rôle plus important de la Confédération (notamment dans les domaines de compétence cantonale) et qu'ils *perçoivent les obligations internationales comme des réformes imposées par la Confédération* qui les a négociées. Dans ce cas, on devrait observer plus de réticence ou même de résistance dans la mise en œuvre cantonale comparé aux politiques "internes", pour l'élaboration desquelles les cantons sont pleinement intégrés dans le processus de prise de décision. A l'inverse de la première tendance, une telle conflictualité plus

³ Nous devons pourtant nous limiter à une discussion théorique et quelque peu spéculative, parce que nous n'avons pas procédé dans le cadre de ce travail à une comparaison empirique des deux types de processus d'implémentation.

1. Introduction

importante pourrait avoir *l'effet d'accroître l'hétérogénéité* des modèles de mise en œuvre cantonaux. Il reste donc une question ouverte de savoir si le résultat dans les cantons sera plus homogène ou plus hétérogène dans les politiques internationalisées par rapport aux politiques traditionnelles. La réponse dépendra en grande partie a) de la manière dont la Confédération et les cantons gèrent leur collaboration dans le processus de négociation et de transposition du droit international et b) du pouvoir de veto que les cantons peuvent ou veulent exercer au niveau de l'implémentation concrète.

Les deux volets d'analyse – évolution des rapports de pouvoir d'un côté et mise en œuvre de l'autre – constituent en principe deux objets d'analyse propres qui sont souvent étudiés séparément. Néanmoins, nous faisons l'effort d'analyser l'ouverture des marchés publics suisses sous les deux perspectives parce qu'elles nous semblent intimement liées. Comme les jeux de pouvoir entre la Confédération et les cantons dans le processus de transposition des normes internationales mènent au cadre réglementaire national qui conditionne l'adaptation et la mise en œuvre cantonale, il est indispensable de les étudier afin de comprendre les raisons de l'homogénéité ou de l'hétérogénéité, de la rapidité ou des lacunes de la mise en œuvre cantonale. Inversement, une étude uniquement centrée sur les rapports de pouvoir et le processus de transposition reste aveugle pour leurs conséquences réelles. Même si la Confédération peut, par exemple, accroître son pouvoir en mettant à l'agenda des cantons des réformes négociées au niveau international, ce pouvoir reste éphémère si les cantons gardent et utilisent leur pouvoir de veto dans la phase d'implémentation. La littérature sur l'eupéanisation et l'internationalisation (p.ex. Haverland 1999, Bursens 2002, Héritier et al. 2001) néglige souvent cette phase d'implémentation qui pourtant est partie intégrante du cycle des politiques publiques. L'inclusion de cette étape dans l'analyse peut donner une appréciation toute différente – et plus pertinente – du caractère "réussi" ou "lacunaire" de l'adaptation nationale ou du "renforcement" respectivement de "l'affaiblissement" d'un acteur particulier.

Dans notre recherche, nous adoptons donc une vision globale de l'adaptation nationale qui va de la transposition législative jusqu'à la mise en œuvre pratique dans les cantons. Les questions sur les effets du fédéralisme sur le processus d'adaptation se posent donc tant pour la phase de transposition du droit que pour la

1. Introduction

phase de l'adaptation cantonale et de la mise en œuvre. La tentative d'approcher le sujet de l'internationalisation dans une telle démarche "globale" constitue un premier objectif "analytique" de ce travail.

En tant que deuxième objectif, notre travail de recherche *vise à contribuer au débat sur l'évolution du fédéralisme suisse dans un environnement de plus en plus internationalisé*. Le questionnement sur la capacité des cantons d'effectuer la transposition législative nécessaire et d'assurer une mise en œuvre conforme aux objectifs des normes adoptées aux niveaux législatifs supérieurs prendra encore de l'envergure dans les années à venir, notamment avec une éventuelle extension de la libéralisation internationale des marchés publics et avec le deuxième volet des accords bilatéraux avec l'Union Européenne (dans le cas où ces derniers entreraient en vigueur un jour). Ces accords, comprenant notamment le dossier de la sécurité européenne (Schengen), toucheront massivement des domaines pour lesquels les cantons soit sont compétents, soit ont de larges pouvoirs de mise en œuvre, de telle sorte qu'une connaissance des expériences faites dans d'autres domaines politiques est cruciale. Les marchés publics constituent un tel domaine. Il faut cependant avouer que le cas des marchés publics n'est pas un cas d'internationalisation "pure", puisque les obligations internationales (GATT et plus récemment l'Accord bilatéral avec l'UE) ne constituent qu'une des pressions à la réforme, la deuxième étant seulement indirectement internationale et avant tout fédérale (liée à la création du marché intérieur suisse). Néanmoins, la politique des marchés publics reste à l'heure actuelle un des rares domaines de compétence cantonale qui sont déjà fortement internationalisés et pour lesquels nous dispo-

1. Introduction

sons de suffisamment de distance pour juger de leur application. Ce processus d'adaptation peut donc être considéré comme un cas-test⁴.

En outre, en incluant une partie sur l'application concrète des nouvelles lois, notre recherche vise également à *contribuer à l'étude et à l'évaluation de la mise en œuvre de cette politique au niveau cantonal*. En effet, dans un rapport récent sur l'ouverture des marchés publics notamment au niveau fédéral, l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration OPCA a constaté un manque important d'informations sur l'état de la mise en œuvre de cette politique qui rend une appréciation de son succès ou de son échec presque impossible (OPCA 2002). Bien que nous ne prétendions pas pouvoir fournir une étude d'évaluation complète dans le cadre de ce mémoire, notre analyse de l'ouverture des marchés cantonaux fournira un apport substantiel à ce débat.

Ainsi, nous visons avec ce travail *tant une utilité scientifique* à travers l'étude des déterminants de la capacité d'adaptation du système politique suisse *qu'une utilité pratique* qui consiste en une meilleure connaissance de l'application de la nouvelle politique des marchés publics dans les cantons.

⁴ Le caractère de cas-test doit évidemment être relativisé parce que les situations futures ne seront pas parfaitement comparables à la situation du début des années 90 quand ont eu lieu les principales réformes en matière de marchés publics. Les instruments de participation des gouvernements cantonaux à la prise de décision dans le cas des négociations internationales ont évolué depuis les négociations EEE et GATT, ce qui a éventuellement des effets sur la capacité (et la volonté) de mise en œuvre au niveau cantonal (cf. la nouvelle Loi fédérale sur la participation des cantons à la politique extérieure de la Confédération de 1999). Il n'en demeure pas moins que la transposition législative et la mise en œuvre auront aussi à l'avenir lieu dans des systèmes politiques cantonaux propres, avec des réseaux d'acteurs, des ressources et des institutions spécifiques qui influencent tant les préférences que la capacité d'action des gouvernements cantonaux. "L'enjeu fédéraliste" reste donc de taille.

1.2 *Structure de l'analyse et remarques méthodologiques*

Nous procédons en trois étapes d'analyse qui requièrent à chaque fois l'élaboration d'un cadre d'analyse et d'hypothèses spécifiques ainsi que la récolte de données et l'utilisations d'outils méthodologiques particuliers. Cette segmentation a l'avantage de la clarté et permet au lecteur et à la lectrice de consulter les chapitres isolément selon son intérêt, mais elle comporte également le risque d'un éclatement de l'analyse. Nous allons essayer de pallier à ce risque avec des passages de transition entre les principales parties et avec un chapitre conclusif sur les trois parties.

La première étape d'analyse (chapitre 2) axée sur la transposition du droit au niveau national explique le développement du cadre législatif suisse suite aux négociations au sein du GATT et de l'EEE. Nous posons notamment la question de savoir si, dans quelle mesure et pourquoi les cantons et la Confédération ont collaboré dans le processus de transposition législative. Pour cette partie, c'est notamment la question de la distribution des compétences et des rapports de pouvoir entre Confédération et cantons qui est pertinente. Le cadre d'analyse est donc principalement construit à partir d'une *littérature sur l'effet de l'internationalisation et de l'eupéanisation sur les acteurs et les institutions politiques nationaux et plus spécifiquement sur les acteurs et institutions des systèmes fédéralistes.* Pour l'analyse de cette partie, nous choisissons une *démarche qualitative* basée sur des sources primaires et secondaires documentant les processus de décision en question⁵.

La deuxième étape (chapitre 3) se focalise également sur l'adaptation législative, mais cette fois-ci au niveau cantonal, en étudiant les facteurs explicatifs de la libéralisation des marchés publics cantonaux. En effet, les législations cantonales adoptées entre 1994 et 2001 divergent considérablement tant en ce qui concerne

⁵ Pour cette partie de l'analyse, nous avons pu profiter sur les plans théorique et empirique de notre collaboration à la recherche FNRS "Reshaping Decision-making processes under external pressure" (dirigée par le Prof. Yannis Papadopoulos), qui a étudié le processus d'adoption de la LMI.

1. Introduction

le moment de la transposition, qu'en ce qui concerne *le degré d'ouverture des marchés* pour les soumissionnaires d'autres cantons et de l'étranger. Nous effectuons une analyse comparative globale des législations cantonales en essayant d'expliquer à l'aide d'une *approche quantitative* (régressions simples et multiples) pourquoi certains cantons vont plus loin dans la libéralisation de leurs marchés que d'autres. Il s'agira notamment d'analyser si les divergences constatées sont principalement le résultat des préférences des gouvernements cantonaux ou si elles sont dues à d'autres facteurs comme la force des opposants contre l'ouverture, les institutions cantonales ou une tradition cantonale spécifique en la matière. Cette deuxième étape d'analyse comporte une dimension internationale / européenne beaucoup plus faible que la première, parce que la question de la libéralisation intercantonale – au centre de ce chapitre 3 – est devenue aujourd'hui avant tout un enjeu du marché intérieur suisse, étant donné que l'accord du GATT ne touche qu'une petite partie des marchés publics cantonaux. Les *outils analytiques du fédéralisme d'exécution* arrivent donc mieux à expliquer ces divergences de mise en oeuvre législative que les théories d'européanisation⁶ (qui ne se focalisent que très rarement sur le niveau sub-national). C'est donc sur les bases théoriques du fédéralisme d'exécution que repose le cadre d'analyse de cette comparaison intercantonale. Néanmoins, en dépit de sa forte composante nationale, il nous semble que ce chapitre trois garde sa place légitime dans une problématique d'internationalisation: a) car tout le processus de libéralisation intercantonale a été déclenché par les impulsions internationales notamment de l'accord GATT et des

⁶ La littérature sur la création du marché unique européen peut être intéressante pour notre travail dans une perspective d'analogie entre la libéralisation entre les Etats-membres et la libéralisation entre les cantons suisses. Les différences entre les Etats-membres et les cantons et leurs relations respectives aux autorités européennes et fédérales sont par contre trop importantes pour que ce cadre soit directement opérationnel pour notre travail.

1. Introduction

négociations de l'EEE et b) parce que la libéralisation intercantonale peut être vue comme un premier pas vers une extension de la libéralisation internationale⁷.

La *troisième étape d'analyse (chapitre 4)* est également basée sur la *littérature sur le fédéralisme d'exécution* et se focalise sur *l'application concrète des nouvelles lois dans quatre cantons: Berne, Fribourg, Valais et Vaud*. Cette étape ultime permet d'étudier la pratique d'adjudication concrète dans les cantons et plus spécifiquement de vérifier si les gouvernements / administrations cantonales sont en mesure d'influencer l'efficacité de la mise en œuvre de la libéralisation des marchés publics. A l'aide d'une *récolte de données originale* basée sur l'analyse de documents cantonaux (y. c. les publications d'appels d'offres dans les bulletins officiels cantonaux), sur des questionnaires envoyés aux entités adjudicatrices et sur des entretiens avec les responsables cantonaux de la politique des marchés publics, nous essayons d'identifier de manière surtout *qualitative* si d'éventuelles divergences dans l'application peuvent surtout être expliquées par la disponibilité inégale de ressources administratives entre les cantons ou si elles relèvent plutôt d'autres facteurs, tels que la volonté politique plus ou moins prononcée des autorités cantonales d'investir dans la libéralisation de leurs marchés publics. En effet, les partisans d'une réforme du fédéralisme (notamment de la centralisation de compétences ou de la création de régions plus larges) défendent souvent leur position en disant que certains cantons n'ont pas les ressources nécessaires pour mettre en œuvre à temps et de manière adéquate les obligations découlant du niveau international ou fédéral (Tanquerel 1991). Si cela était correct, on devrait constater un lien entre la taille économique d'un canton, les ressources administratives allouées à la mise en œuvre des réformes et l'application stricte et correcte des nouvelles normes.

7 Dans les négociations de l'accord bilatéral de 1999, cet enjeu a déjà fait l'objet de discussions. La Suisse s'est cependant opposée à une extension généralisée du principe de non discrimination en dessous des valeurs-seuils du GATT, notamment parce que la réglementation des marchés publics reste peu transparente dans un certain nombre des pays de l'UE (Lang 2002: 5). Comme solution de compromis, les parties signataires s'obligent à faire appel aux entités adjudicatrices de respecter la non-discrimination des offrants étrangers en dessous des valeurs-seuils, mais ces derniers n'ont pour l'instant pas le droit de recours à ce niveau.

2. Les marchés publics en Suisse: du pouvoir discrétionnaire vers la concurrence

Avant d'entrer en matière sur l'analyse empirique, nous allons dans ce premier chapitre motiver le choix de la politique des marchés publics en tant qu'objet d'analyse et donner une présentation factuelle et historique des principales étapes de réforme qui ont eu lieu au cours des années 90. Le but est de fournir ainsi un aperçu général des principales notions et des principaux changements. Cela nous permettra par la suite de focaliser l'analyse sur certains aspects plus spécifiques de la politique.

2.1 *Définition de la politique publique et argumentation du choix du cas*

Un marché public est un marché de construction, de fourniture ou de service sur lequel la demande émane d'une autorité étatique (fédérale, cantonale ou communale), d'un acteur privé concessionné ou d'un acteur privé subventionné à plus de 50% par l'Etat. Cette définition se dégage des normes actuellement en vigueur en Suisse (cf. présentation ci-après)⁸. Les marchés publics englobent donc tous les achats étatiques au sens large, de la construction d'une salle polyvalente communale au mandat pour une expertise scientifique, à l'achat d'imprimantes pour un service administratif. La politique des marchés publics définit les règles selon lesquelles ces marchés sont adjugés à des soumissionnaires. Il s'agit d'une politique "institutionnelle" (Knoepfel et al. 2001) parce qu'elle touche de manière transversale tous les domaines "substantiels" de l'action étatique et donc la majeure partie des départements et services de l'administration.

⁸ Senti et Baltensperger (1991: 103) donnent une définition plus abstraite qui nous paraît pourtant trop limitative parce qu'elle ne prend en considération ent tant qu'adjudicateur que l'administration publique au sens étroit: "Das öffentliche Beschaffungswesen beinhaltet die Uebernahme von Gütern, Dienstleistungen und Rechten aus dem Markt in den Verfügungsbereich der öffentlichen Verwaltung sowie die Tätigkeiten und Funktionen, dies sich daraus ergeben."

2. Les marchés publics en Suisse

Le cas de la politique des marchés publics est particulièrement pertinent pour l'analyse de notre problématique pour au moins quatre raisons :

- La réglementation des marchés publics cantonaux relève de la *compétence exclusive des cantons*. C'est donc à l'heure actuelle un des rares domaines dans lesquels l'internationalisation touche directement la souveraineté cantonale.
- La situation normative antérieure à l'impulsion internationale était très différente des exigences internationales, ce qui fait que *l'internationalisation a requis des réformes fondamentales et non pas seulement incrémentales*. Jusqu'à "l'ouverture internationale" des marchés publics au début des années 90 – qui a déclenché une vague de réformes dans le domaine –, les autorités cantonales étaient libres de légiférer ou non en matière de soumissions. La plupart des cantons – à l'exception de Glaris, Nidwald et Neuchâtel où aucune législation n'existait – avaient adopté des ordonnances ou des directives administratives qui contenaient cependant un grand nombre de clauses protectionnistes, favorisant par exemple les matériaux indigènes ou les entreprises domiciliées dans le même canton (Commission suisse des Cartels 1988, Senti et Baltensperger 1991). Ainsi, cette politique servait en grande partie à des fins de politique économique et régionale et non pas à l'encouragement de la concurrence. Dans ce sens, la libéralisation internationale a requis un changement fondamental dans la "logique" même de cette politique.
- La création d'un marché intérieur et international concurrentiel en matière de marchés publics *nécessite un degré d'harmonisation des normes et pratiques cantonales particulièrement élevé* afin de faciliter l'accès des entreprises extra-cantonales ou étrangères au marché (Maugé 1992). Une éventuelle hétérogénéité fédéraliste pose donc plus de problèmes dans ce domaine que dans d'autres, parce que des *procédures et pratiques fortement différentes peuvent représenter en elles-mêmes des barrières d'accès aux marchés* et donc des distorsions de la concurrence. Cette particularité fait que l'enjeu de "l'obstacle fédéraliste" à une adaptation rapide, efficace et homogène des normes et pratiques cantonales revêt un poids particulier.
- Finalement, l'impulsion internationale des changements date du début des années 90 et les cantons ont adapté leurs législations surtout entre 1996 et 2001. La *distance temporelle* par rapport aux réformes est donc suffisante à l'heure actuelle pour permettre l'étude de la mise en œuvre de cette politique.

2.2 *Un domaine bouleversé: aperçu des réformes récentes et de la législation actuelle*

Jusqu'au début des années 90, les marchés publics cantonaux étaient fortement cloisonnés et protégés contre toute concurrence extra-cantonale ou étrangère. Les adjudications étaient généralement peu réglementées et peu transparentes et l'attribution de marchés à des entreprises locales était largement vue comme une mesure de politique économique régionale légitime (Scheidegger 1992). Depuis les années 80, plusieurs études ont mis en évidence le caractère protectionniste des normes qui étaient en vigueur dans une grande partie des cantons⁹ (cf. notamment Michel 1979, Galli 1981, Commission des cartels 1988, Senti et Baltensperger 1991). Au cours des années 90, cependant, la politique des marchés publics a fait l'objet d'un véritable changement de paradigme sous l'impulsion des négociations de l'*Uruguay round du GATT* auxquels la Suisse a participé, des *négociations sur l'Espace Economique Européen EEE* ainsi que de la création du *marché unique européen* qui a servi d'inspiration à la *Loi fédérale sur le marché intérieur* (pour plus de détails, cf. ci-dessous).

Les marchés publics représentent des parts très importants dans les budgets étatiques: En Suisse, elles atteignent une valeur totale de env. 36 milliards de francs par année, soit 12 pourcent du PIB. Dans l'UE, elles représentent même environ 1150 milliards de francs par année¹⁰. A cause de leur importance, les marchés publics sont devenus *un aspect important de la libéralisation mondiale*

⁹ Le caractère protectionniste se reflète principalement dans les critères d'admission aux marchés cantonaux et dans les critères d'adjudication prévus par la législation cantonale et les directives administratives. Nous nous limitons à donner quelques exemples à titre indicatif: les cantons de Genève et de Fribourg demandaient par exemple que les soumissionnaires soient domiciliés plusieurs années dans le canton pour être admis à la procédure d'adjudication. De manière similaire, l'inscription dans le registre de commerce ou le registre professionnel cantonal était requis notamment à Bâle-Ville, à Genève, au Tessin, au Jura, en Valais, à Fribourg et dans le canton de Vaud. Au niveau des critères d'adjudications, on trouvait l'exigence d'utiliser des matériaux indigènes notamment dans les cantons d'Argovie, du Jura, de Lucerne, d'Obwald, de Schaffhouse, de Schwyz, du Tessin, de Zurich et du Valais (Senti und Baltensperger 1991: 110ss).

¹⁰ Source: Bureau suisse de l'intégration.

2. Les marchés publics en Suisse

*des économies nationales au niveau du GATT/OMC, mais aussi au niveau de l'UE. C'est notamment l'Union européenne qui a fait de l'ouverture des marchés publics à tous les niveaux des Etats-membres une priorité de son programme de réalisation du marché intérieur, en publiant un livre blanc sur les marchés publics en 1985, suivi par un ensemble de 5 directives publiées entre 1988 et 1992 qui jetaient les bases à l'ouverture des marchés de construction, de services et de fournitures (Pravato 1995: 54). L'Accord EEE incluait intégralement cet acquis communautaire. Même si le peuple suisse a refusé l'adhésion à l'EEE le 6 décembre 1992, l'accélération de la libéralisation communautaire dès la fin des années 80 a néanmoins exercé une double *pression indirecte d'ordre économique* sur la Suisse: 1) la Suisse pouvait difficilement revendiquer l'accès non discriminatoire au marché unique européen pour les entreprises suisses sans ouvrir également ses frontières et 2) la CE pratiquait à l'époque une "clause de préférence européenne" permettant à l'adjudicateur de privilégier l'offre d'un soumissionnaire provenant d'un pays de l'EEE même si cette offre se situait jusqu'à 3% au-dessus du prix offert par son concurrent provenant d'un pays non membre de l'EEE. La clause permettait également de refuser des biens et services, si 50% au moins de la valeur d'achat de ces produits n'étaient pas issus d'un pays de l'EEE (Pravato 1995: 72). A la *pression formelle et directe émanant du GATT* s'est donc ajoutée une *pression européenne économique* à l'ouverture des marchés suisses.*

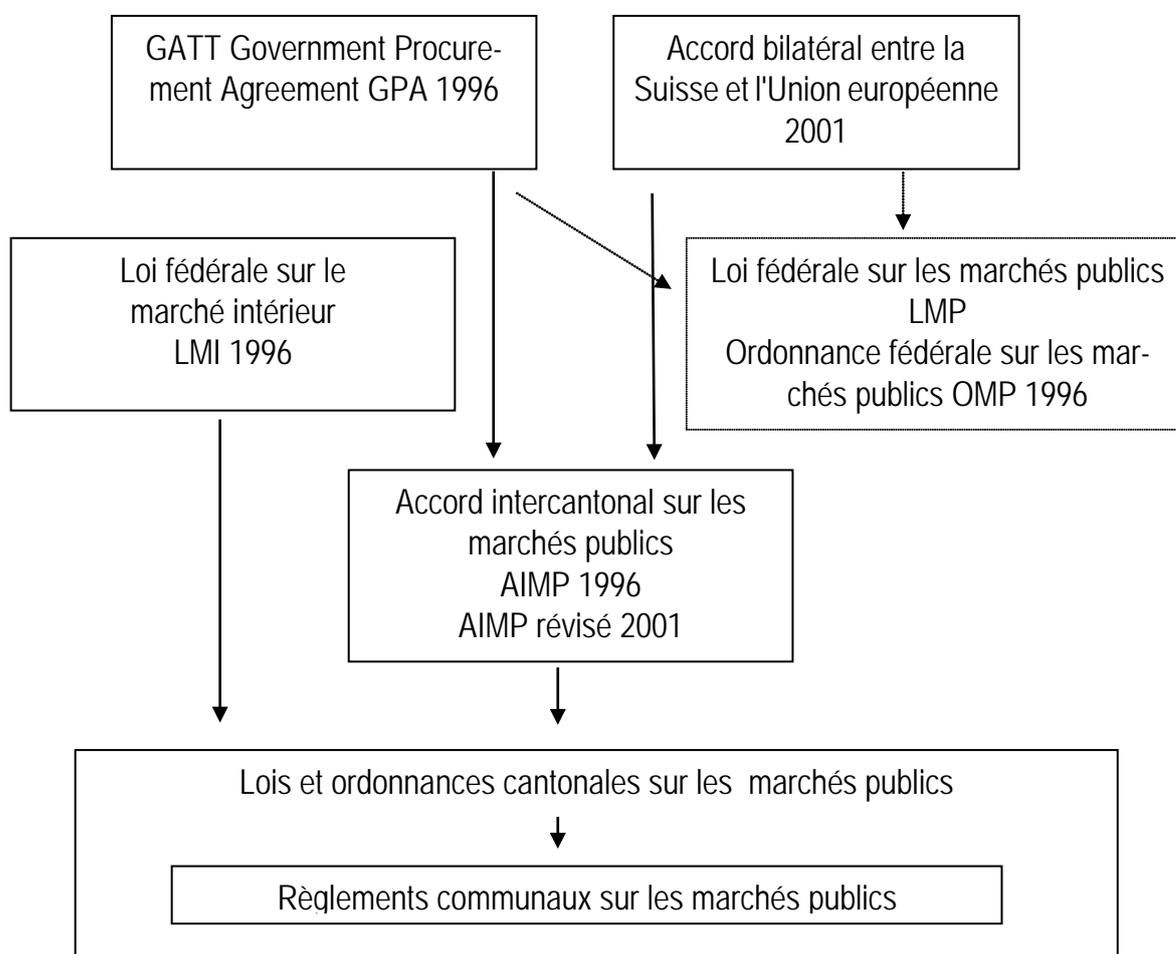
De plus, le processus d'ouverture des marchés publics aux offrants étrangers à travers le GATT a également entraîné une *pression indirecte* pour la libéralisation *intercantonale* en Suisse. Sinon, on aurait pu arriver à la situation paradoxale dans laquelle les cantons auraient dû accorder des droits d'accès au marché plus larges à un offrant étranger qu'à une entreprise suisse venant d'un autre canton. Les efforts en vue de la création d'un marché intérieur suisse au début des années 90¹¹ ont donc également été réalisés dans une perspective internationale.

¹¹ Loi sur le marché intérieur 1995, Loi sur les obstacles techniques au commerce 1994, Loi sur la libre-circulation des avocats 1999.

2. Les marchés publics en Suisse

Sous l'impulsion de ces évolutions dans l'environnement international, un *cadre réglementaire complexe régissant les marchés publics cantonaux (et communaux)* a été développé, dont nous proposons un aperçu synthétique¹²:

Tableau 1: Cadre réglementaire



Par la suite, nous présentons les principaux éléments du contenu de ces actes censés introduire la transparence, la concurrence et la non-discrimination dans le domaine des marchés publics¹³:

¹² Les dates se réfèrent à l'année d'entrée en vigueur de ces normes.

2. Les marchés publics en Suisse

I: Niveau international

GATT / OMC (Government Procurement Agreement GPA¹⁴) (entrée en vigueur le 1.1.1996): négocié dans le cadre du cycle de l'Uruguay et signé en avril 1994 à Marrakech, cet accord et ses annexes prescrivent l'ouverture des marchés de construction, de services et de fournitures fédéraux et cantonaux aux soumissionnaires étrangers pour les marchés dont la valeur estimée est supérieure aux valeurs-seuils suivantes¹⁵:

Autorité adjudicatrice	Valeurs-seuils en CHF
Confédération	Biens et services 248 950.-
	Travaux 9 575 000.-
Cantons	Biens et services 383 000.-
	Travaux 9 575 000.-
Entreprises publiques (ou subventionnées à plus de 50%) dans les secteurs Eau / Energie / Transport à tous les niveaux étatiques (Confédération/canton/commune)	Biens et services entre 640 000.- et 960 000.- selon le secteur
	Travaux 9 575 000.-

¹³ Pour plus de détails, nous renvoyons à Zufferey et al. 2002 qui donnent une présentation complète et commentée des sources de droit internationales et nationales. Lang (1998) donne une présentation synthétique et Galli et al (1996) une présentation extensive des nouvelles lois. Pour une présentation du droit international (du GATT et de la CE) antérieur aux réformes des années 90, notamment la Convention de Stockholm de l'AELE conclue en 1960 et l'accord du Tokyo Round du GATT de 1981, nous renvoyons à Pravato 1995, à Michel 1979 et à Michel 1991 qui discutent ces accords in extenso. Comme ces accords internationaux ne concernaient que les marchés de fournitures fédéraux et qu'ils avaient un effet très limité sur l'ouverture effective des marchés de la Confédération (Pravato 1995: 51), nous ne les discutons pas en détail ici.

¹⁴ RS 0.632.231.42

¹⁵ Selon l'Ordonnance sur l'adaptation des valeurs-seuils des marchés publics pour l'année 2003 du 28 octobre 2002 (RS 172.056.12) et l'Ordonnance sur les marchés publics (OMP) du 11 décembre 1995 (172.056.11).

2. Les marchés publics en Suisse

Selon les règles du GPA, les appels d'offres pour ces marchés doivent être attribués selon une procédure ouverte ou sélective¹⁶. Ils doivent être publiés et les soumissionnaires bénéficient de la protection juridique, c'est-à-dire que les Etats sont obligés d'instaurer une procédure de recours auprès d'une instance indépendante nationale. Le GPA précise en outre certaines exigences minimales concernant la procédure d'adjudication, notamment les délais à respecter dans les appels d'offre et les critères d'adjudication admissibles. Ces derniers doivent être liés aux caractéristiques économiques du marché.

Accord bilatéral entre la Suisse et l'UE sur certains aspects du droit des marchés publics¹⁷ (négociations entre mai 1994 et mars 1997, entrée en vigueur en 2002): Cet accord étend le GATT-GPA aux communes (valeurs-seuils identiques à celles applicables aux cantons selon le GPA). Il ouvre aux entreprises suisses et européennes l'accès aux marchés du chemin de fer et des télécommunications et des entreprises privées concessionnées dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports (les valeurs-seuils pour les secteurs sont identiques à celles du GPA). En outre, l'accord requiert la création d'une commission de surveillance de l'application des engagements internationaux dans le domaine des marchés publics. En ce qui concerne les marchés dont la valeur estimée reste en dessous des valeurs-seuils définies, les cantons sont appelés à respecter la

¹⁶ Dans le vocabulaire des marchés publics (suisses), on compte 4 procédures qui se distinguent par le "degré d'ouverture" qu'ils admettent (les définitions sont reprises de la LMP et de l'OMP).

- Dans la **procédure ouverte** (Offenes Verfahren), l'adjudicateur lance un appel d'offres public et chaque soumissionnaire peut présenter une offre.
- Dans la **procédure sélective** (Selektives Verfahren), L'adjudicateur lance un appel d'offres public et chaque soumissionnaire peut présenter une demande de participation. En fonction des critères de qualification, l'adjudicateur détermine les soumissionnaires qui peuvent présenter une offre. Il peut limiter le nombre de participants pour des raisons d'efficacité, mais une concurrence efficace doit être garantie.
- Dans la **procédure sur invitation** (Einladungsverfahren), l'adjudicateur invite des soumissionnaires, sans lancer d'appel d'offres, à présenter une offre. Il doit si possible demander au moins trois offres.
- Dans la **procédure de gré à gré** (Freihändiges Verfahren), l'adjudicateur adjuge le marché directement à un soumissionnaire, sans lancer d'appel d'offres.

¹⁷ RS 0.172.052.68

2. Les marchés publics en Suisse

non-discrimination à l'égard des soumissionnaires européens, mais il n'y a pas d'obligation formelle d'admettre des candidats européens, ni de publier ces marchés au niveau international.

Il est intéressant de constater que les négociations bilatérales sur ce domaine ont été lancées sur demande de la Suisse suite au refus de l'EEE en 1992 (Pravato 1995) afin de "compléter" l'accord GPA. Ainsi, les normes sur l'ouverture des marchés entre la Suisse et l'UE correspondent à ce jour en gros au corpus juridique que la Suisse aurait adopté avec une adhésion à l'EEE.

II: Niveau fédéral

Loi sur le marché intérieur LMI¹⁸ (entrée en vigueur en 1996): Cette loi n'est pas spécifique aux marchés publics. Elle s'applique aux cantons et aux communes et elle vise de manière plus générale l'abolition de toute sorte d'obstacles au marché intérieur en introduisant – par analogie au droit européen – le "principe de Casis-de-Dijon", selon lequel un produit qui satisfait aux exigences imposées dans un canton peut également être distribué dans les autres cantons. La LMI contient à son article 5 le principe général de non-discrimination de soumissionnaires extra-cantonaux dans le domaine des marchés publics. Cette interdiction de discriminer s'applique *indépendamment de la valeur du marché*, donc également en dessous des valeurs-seuils énoncées par le GATT-GPA. Tous les soumissionnaires ayant leur siège en Suisse doivent être traités sur un pied d'égalité et ils disposent d'un droit de recours auprès d'un tribunal cantonal contre les décisions d'adjudication. Cependant, la LMI précise que ce ne sont que les marchés publics "*de grande importance*" qui doivent être publiés dans un appel d'offre ouvert et que le droit cantonal et intercantonal prime tant qu'il est conforme à la LMI. En réponse à cette disposition et avec l'assentiment de la COMCO, la plupart des cantons ont

¹⁸ RS 943.02

2. Les marchés publics en Suisse

introduit des valeurs-seuils "intercantonales" nettement inférieures à celles du GATT (cf. annexe 2)¹⁹.

Sans entrer dans les détails, nous mentionnons à ce niveau aussi la **Loi fédérale sur les marchés publics LMP**²⁰ et l'**Ordonnance fédérale sur les marchés publics OMP**²¹ (entrée en vigueur en 1996). C'est à travers cette loi que les marchés de la Confédération ont été libéralisés conformément aux prescriptions du GATT. L'ordonnance correspondante règle les détails de procédure et – similairement à la LMI - étend la libéralisation à des marchés dont la valeur est inférieure aux seuils du GATT. Elle détermine la procédure applicable en fonction des valeurs-seuils suivantes:

	Marchés de construction	Marchés de service	Marchés de fournitures
Procédure ouverte ou sélective	> Fr. 2'000'000.-	> Fr. 248'950.-	> Fr. 248'950.-
Procédure sur invitation	Fr. 100'000 – 2'000'000.-	Fr. 50'000 – 248'950.-	Fr. 50'000 – 248'950.-
Procédure de gré à gré	< Fr. 100'000.-	< Fr. 50'000.-	< Fr. 50'000.-

Pour l'adjudication de ces marchés inférieurs aux seuils du GATT, la Confédération ne doit prendre en compte les soumissionnaires étrangers que si leur Etat de provenance accorde la réciprocité aux soumissionnaires suisses (Zufferey 2002: 35).

¹⁹ Pour les adjudications faites par les cantons dans le domaine des routes nationales, l'Ordonnance fédérale sur les routes nationales (RS 725.111) reste également en vigueur. Elle demande la procédure ouverte pour les marchés de construction au dessus de 2 millions de francs et de fournitures et services au dessus de 383'000 francs. La procédure sur invitation est applicable à partir de 500'000 francs pour la construction et de 248'950 francs pour les services et fournitures. En outre, l'Arrêté fédéral sur le transit alpin (RS 742.104) et son ordonnance (RS 742.104.1) contiennent également des dispositions spécifiques sur les marchés publics. L'égalité de traitement est assurée aux soumissionnaires étrangers même lorsqu'ils proviennent de pays qui n'accordent pas la réciprocité à la Suisse. Selon Zufferey (et al. 2002: 51ss), ces dispositions fédérales priment sur la LMI et les législations cantonales.

²⁰ RS 172.056.1

²¹ RS 172.056.11

2. Les marchés publics en Suisse

III: Niveau intercantonal

Accord intercantonal sur les marchés publics AIMP²² (adopté en 1994 par la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement DTAP et par la Conférence des chefs des départements cantonaux de l'économie publique CDEP; entrée en vigueur en 1996): Les cantons ont adhéré à l'AIMP entre 1996 et 2001 afin de transposer les principes de l'accord GATT dans la législation cantonale et de rendre ces principes également applicables aux relations entre les cantons. L'accord mène ainsi à une certaine harmonisation du droit des cantons. Cependant, l'AIMP est limité à des prescriptions de principe et requiert que chaque canton adopte une législation de mise en œuvre propre. Des **directives pour l'adjudication des marchés publics (1995)** non-contraignantes ont ainsi été jointes à l'accord intercantonal pour mettre à disposition des cantons un modèle pour la législation d'exécution à adopter²³. La spécificité de ces directives est qu'elles contiennent également des propositions pour une libéralisation intercantonale des marchés dont la valeur est inférieure aux seuils du GATT (exigée par la LMI, cf. ci-dessus). Cependant, la plupart des cantons ont libéralisé ces marchés de manière autonome, ce qui a conduit à une grande hétérogénéité de ces valeurs-seuils intercantonaux²⁴.

L'AIMP révisé du 15 mars 2001 (dont la procédure de ratification par les cantons est en cours) met en œuvre les nouvelles obligations découlant de l'accord bilatéral (cf. ci-dessus) et vise à harmoniser les valeurs-seuils intercantonaux en définissant les *montants maximum* suivants:

²² RS 172.056.4

²³ Les directives ainsi que leurs annexes sont reproduits dans Galli et al. 1996: 312ss.

²⁴ En commentant l'hétérogénéité dans les lois cantonales, notamment par rapport aux valeurs-seuils, Lang note "dass die Vergaberichtlinien zum Teil recht phantasievoll und freizügig in die kantonalen Ausführungsbestimmungen übernommen wurden." (1998: 24).

2. Les marchés publics en Suisse

	Marchés de construction gros oeuvre	Marchés de construction de second œuvre et marchés de services	Marchés de fournitures
Procédure ouverte ou sélective	> Fr. 500'000.-	> Fr. 250'000.-	> Fr. 250'000.-
Procédure sur invitation	Fr. 300'000 à 500'000.-	Fr. 150'000 à 250'000.-	Fr. 100'000 à 250'000.-
Procédure de gré à gré	< Fr. 300'000.-	< Fr. 150'000.-	< Fr. 100'000.-

Par rapport aux directives d'adjudication de 1995, les seuils jusqu'auxquels les marchés peuvent être adjudicés de gré à gré ont été relevés, pour donner suite à l'argumentation de certains cantons que les coûts administratifs pour les procédures compétitives étaient trop élevés par rapport à la faible valeur des marchés (Lang 2002). Bien que d'autres cantons ont plaidé pour des seuils bien inférieurs (Ganz 2001), il était impossible de trouver un accord sur une harmonisation plus poussée. En dessous de ces seuils, les cantons restent pourtant libres d'ouvrir davantage leurs marchés (sans qu'il en découle une exigence de réciprocité), mais ils n'auront plus le droit à l'avenir d'adopter des seuils plus élevés.

IV: Niveau cantonal et communal

Lois et règlements cantonaux (adoptés entre 1995 et 2001): Les normes cantonales règlent essentiellement trois choses: Premièrement, elles déclarent l'adhésion du canton à l'AIMP. Deuxièmement, elles mettent en œuvre au niveau cantonal et communal la libéralisation intercantonale exigée par la LMI, notamment en instituant des valeurs-seuils de procédure inférieures à celles du GATT-GPA (cf. annexe 2). Troisièmement, tant pour les marchés touchés par les valeurs-seuils du GATT (et par conséquent de l'ancien AIMP) que pour les marchés dont la valeur est inférieure, les normes cantonales définissent les modalités de publication, de la procédure d'adjudication, et de surveillance du respect des normes. Ces normes cantonales, qui ont souvent une apparence plutôt technique, sont loin d'être anodines. Elles peuvent entraîner des différences considérables dans l'ouverture effective des marchés cantonaux et dans la transparence des procédures. En outre, les lois cantonales prescrivent également **l'ouverture des marchés publics communaux**. Dans certains cantons, ces marchés sont direc-

2. Les marchés publics en Suisse

tement réglés par les normes cantonales, alors que dans d'autres cantons, les communes peuvent conserver un règlement communal propre, tant que celui-ci est conforme aux normes cantonales. La libéralisation des marchés publics communaux constitue un enjeu particulièrement saillant et difficile, non seulement à cause du nombre important de communes (presque 3000), mais aussi parce que les autorités communales sont particulièrement exposées aux pressions des fournisseurs locaux. L'information et la formation des adjudicateurs communaux, ainsi que la surveillance des adjudications communales posent les administrations cantonales devant un défi considérable. Pour l'instant, aucune étude n'a tenté d'évaluer le degré d'ouverture des marchés communaux.

A cause de son importance (potentielle), il convient également de mentionner la création – sur l'initiative des cantons de Genève et de Vaud - de *l'association simap.ch* qui, en novembre 2002, a mis en fonction un site Internet sur lequel seront publiés de manière centralisée tous les appels d'offre cantonaux et fédéraux²⁵. Ce site, dont les conséquences sur l'ouverture effective des marchés cantonaux ne sont pas encore connus, pourrait à terme mener à une harmonisation des pratiques cantonales, notamment parce que l'association fournit à l'ensemble des cantons un forum d'échange et d'expertise.

Le processus de libéralisation des années 90 a donc abouti à l'heure actuelle à un *cadre réglementaire particulièrement compliqué et dispersé*, où des normes tant internationales et fédérales, qu'intercantonales et cantonales (et même communales) se chevauchent. Cette multiplicité d'actes a aussi conduit à *certaines contradictions et incohérences*. Nous n'en citons que les deux exemples les plus flagrants: Alors que la législation fédérale permet à l'adjudicateur de mener des négociations sur les prix après que les offres ont été soumises, l'AIMP interdit clairement cette pratique aux autorités cantonales. Plus frappant encore est une contradiction entre la LMI et l'AIMP: alors que la première contient le principe que

²⁵ En février 2003, les cantons de Vaud, Genève, Tessin et Fribourg ont publié leurs marchés sur ce site. Appenzell Rhodes-Intérieures, Glaris, les Grisons et le canton de Soleure ne sont pas encore membres de simap.ch. Il est prévu que tous les autres cantons, ainsi que la Confédération et quelques grandes communes, vont commencer à publier leurs marchés sur ce site au courant de l'année 2003.

2. Les marchés publics en Suisse

les soumissionnaires doivent respecter les conditions de travail applicables à leur lieu de provenance, le second impose aux soumissionnaires de se conformer aux règles sur la protection des travailleurs applicables au lieu de l'exécution du marché. Les avis des juristes sont partagés sur la question de savoir quelle disposition doit l'emporter (cf. Zufferey 2002; Cottier et Caplazi 1999), mais l'AIMP révisé de 2001 contient une disposition (art. 7 al. 2) qui dit que toutes les conditions de travail dans les cantons suisses sont considérées comme équivalentes.

La complexité du domaine juridique implique une diversité des principes et des règles de procédure que les adjudicateurs (fédéraux ou cantonaux) appliquent. Cette *relative intransparence* est souvent déplorée parce qu'elle peut constituer en elle-même une barrière à la concurrence (OPCA 2002).

L'analyse que nous avons effectuée vise entre autres à expliquer cette complexité et cette hétérogénéité. Elle met en évidence les implications du caractère fédéraliste du domaine des marchés publics tant sur l'adoption du cadre réglementaire au niveau fédéral (chapitre 2) et cantonal (chapitre 3) que sur la mise en oeuvre de la politique dans les cantons (chapitre 4).

3. La libéralisation imposée "d'en haut" – les cantons entre coopération et confrontation

3. La libéralisation imposée " d'en haut " - les cantons entre coopération et confrontation

Nous avons posé la question de savoir *comment* s'opèrent dans le système fédéraliste suisse les ajustements politiques requis par l'environnement international (cf. ci-dessus p. 4). Dans ce chapitre, nous tentons de répondre à cette question en focalisant sur les processus d'élaboration de l'AIMP et de la LMI suite aux négociations du GATT et de l'EEE. Il s'agit notamment d'analyser d'éventuels *changements dans les rapports de pouvoir* entre la Confédération et les cantons et d'identifier *si, dans quelle mesure et pourquoi les cantons et la Confédération ont collaboré dans ce processus d'adaptation.*

3.1 *Cadre d'analyse et hypothèses*

Au cours de ces dernières années, l'internationalisation et l'eupéanisation de pays fédéralistes ont fait l'objet de plusieurs études, notamment dans la littérature d'eupéanisation. Beaucoup d'auteurs affirment aujourd'hui que l'impact des pressions externes sur les politiques nationales s'exerce de manière différente, en fonction de certains facteurs spécifiques aux pays, tels que les institutions nationales (Green-Cowles et al. 2001, Héritier et al. 2001). Ainsi, Haverland (1999) et Bursens (2002) montrent que l'existence de structures fédéralistes contribue à expliquer des différences nationales au niveau du contenu et du processus d'adaptation des lois domestiques.

Börzel (1999, 2002), par contre, ne compare pas les pays fédéralistes aux pays unitaires, mais elle analyse *l'effet de l'eupéanisation sur la transformation des structures fédéralistes elles-mêmes.* Dans les pays membres de l'UE, de nombreux domaines sont dorénavant partiellement ou entièrement réglementés au niveau européen, ce qui tend à les soustraire au contrôle des entités sub-nationales et à renforcer la position du gouvernement central (cf. à ce sujet Jeffery 1997, Freiburghaus 1994). Börzel explique les réactions différentes des entités sub-nationales allemandes et espagnoles au renforcement du gouvernement par la *culture institutionnelle différente* (compétitive vs. coopérative) dans ces deux pays. En Allemagne, un pays qui connaît un système de *fédéralisme coopératif*, la collaboration horizontale (entre Länder) et verticale (Länder-Bund) dans

3. La libéralisation imposée "d'en haut" – les cantons entre coopération et confrontation

le processus de négociation et de transposition a été renforcée. Dans un système de *fédéralisme compétitif* comme en Espagne, par contre, les régions ont d'abord adopté une stratégie de confrontation envers le gouvernement central. C'est seulement dans une deuxième phase - quand cette confrontation s'est avérée inefficace - que les institutions du fédéralisme ont été adaptées au besoin accru de coopération.

Dans ce chapitre, nous nous appuyons principalement sur une version légèrement simplifiée et modifiée du cadre d'analyse de Börzel (2002: 40). Börzel affirme que la présence de normes internationales (européennes) qu'il s'agit de transposer au niveau national *augmente le pouvoir du gouvernement central* s'il existe un écart ("policy misfit") entre les deux niveaux (c'est-à-dire si la norme internationale exerce une pression pour le changement). Le pouvoir de l'exécutif central est renforcé, parce que l'internationalisation mène à une *distribution inégale entre les compétences de négocier et de décider ("say") et les coûts de la transposition ("pay")* que les entités sub-nationales ont à prendre en charge. L'internationalisation déséquilibre ainsi la distribution des ressources de pouvoir au niveau national ("uneven distribution of say and pay"). Selon la culture institutionnelle de coopération ou de confrontation qui prévaut dans le pays en question, les autorités sub-nationales vont soit adopter une *stratégie d'ajustement* flexible et coopérative afin de regagner du pouvoir ("say") dans la coopération horizontale et verticale avec le gouvernement central, soit elles vont refuser cette coopération et tenter d'éviter les coûts de l'ajustement en entrant en confrontation avec le gouvernement central sur la répartition des compétences. Comme à plus long terme cette deuxième stratégie tendra, selon Börzel, plutôt à augmenter les coûts de l'adaptation, elle prédit néanmoins un changement de stratégie de la part des entités sub-nationales dans une deuxième phase. Le résultat serait que dans les pays avec un fédéralisme coopératif, l'adaptation s'opère de manière plus flexible et harmonieuse que dans les pays de fédéralisme compétitif.

Nous utilisons le modèle de Börzel afin d'analyser si le rôle de la Confédération a été renforcé dans le cas de la libéralisation des marchés publics ("uneven distribution of say and pay") et afin de comprendre les stratégies d'adaptation de la part des cantons. Cependant, il nous semble que Börzel *néglige un facteur* qui contribue aussi à expliquer la stratégie des entités sub-nationales. Nous postulons que

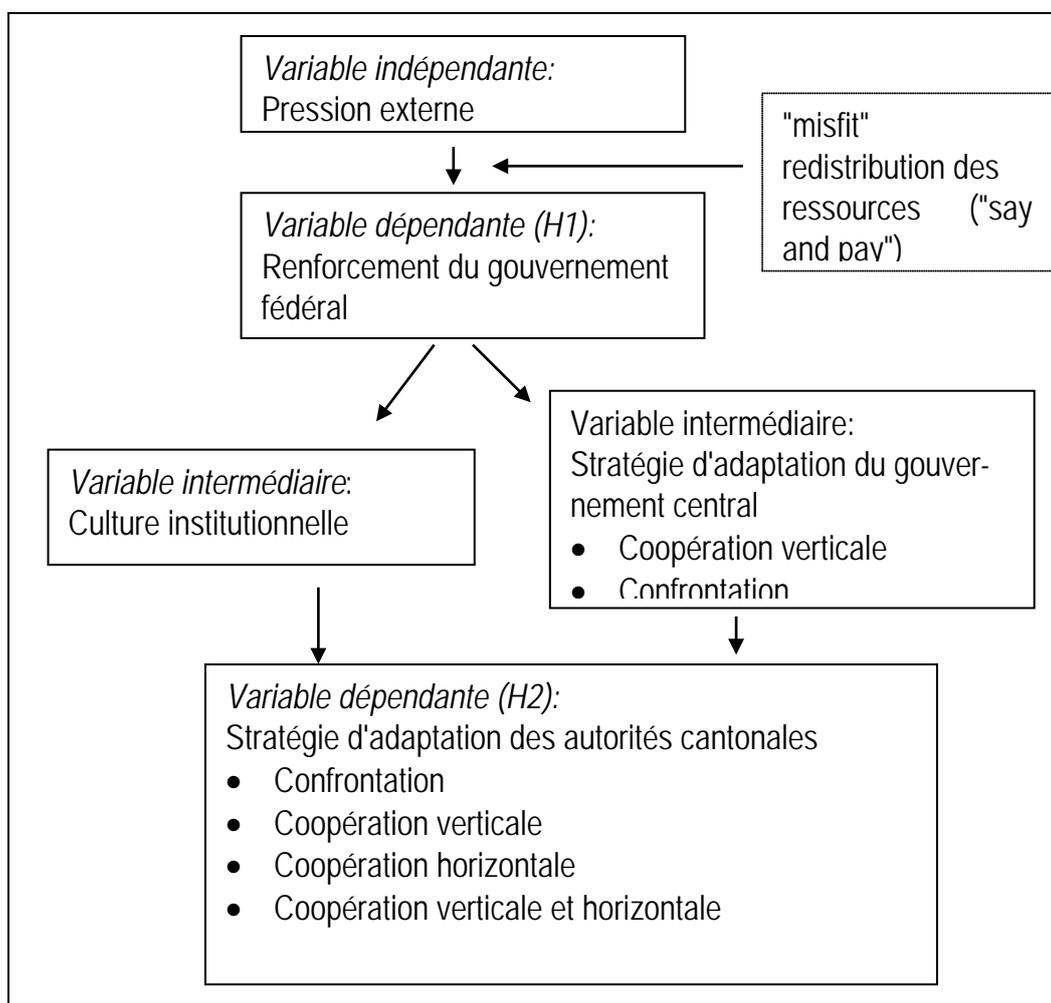
3. La libéralisation imposée "d'en haut" – les cantons entre coopération et confrontation

la stratégie d'adaptation que choisit l'autorité centrale explique également – à part la culture institutionnelle – le choix de stratégie des autorités cantonales²⁶. Cette réflexion sur les déterminants de la stratégie d'adaptation des autorités cantonales est synthétisée dans le cadre analytique suivant:

²⁶ Freiburghaus (1994: 33) prend également en considération les effets réciproques des stratégies fédérales et cantonales, en supposant que le gouvernement central accueillera avec une résistance bienveillante ("wohlwollender Widerstand") les tentatives cantonales de ré-équilibrer la balance de pouvoir.

3. La libéralisation imposée "d'en haut" – les cantons entre coopération et confrontation

Tableau 2: Cadre d'analyse des relations entre Confédération et cantons dans les processus de réforme



Ce cadre d'analyse nous permet de formuler des *hypothèses sur le renforcement du gouvernement fédéral* et sur la stratégie d'adaptation des cantons. En analysant la redistribution des ressources de pouvoir, nous allons tester l'hypothèse suivante:

3. La libéralisation imposée "d'en haut" – les cantons entre coopération et confrontation

H1: L'internationalisation d'une politique qui ressort de la compétence cantonale modifie les rapports de force entre la Confédération et les cantons en renforçant le pouvoir du gouvernement fédéral dans la phase d'adaptation nationale.

Nous postulons donc que le pouvoir du gouvernement central par rapport à celui des cantons est non seulement plus fort dans le processus de négociation internationale, mais que ce pouvoir est *renforcé au-delà de la négociation même, dans la transposition nationale des accords conclus*. Le renforcement postulé consiste notamment en l'extension des domaines d'intervention et de l'ampleur de l'intervention des autorités fédérales.

Quant aux *hypothèses sur la stratégie d'adaptation des cantons*, la Suisse ne peut pas facilement être classée dans la dichotomie de fédéralisme compétitif ou coopératif, car ces concepts ont été développés dans le contexte historique américain, différent du contexte suisse (Abderhalden 1999). Le fédéralisme d'exécution suisse a plutôt un caractère "*dualiste*" qui consiste en la séparation claire des compétences et des tâches. Néanmoins, à travers la procédure de consultation et la collaboration dans la mise en œuvre des politiques notamment, il existe depuis la création du système fédéraliste suisse une longue *tradition de coopération* entre les cantons et la Confédération qui rapproche ce système du fédéralisme coopératif (Abderhalden 1999: 47, Fleiner et Misic 2001: 438, Hänni 2001: 453). En suivant Börzel, on pourrait donc *en principe* s'attendre à une stratégie d'adaptation *plutôt coopérative*.

En fonction de la stratégie choisie par la Confédération, on peut pourtant faire différentes hypothèses sur l'attitude des cantons. Si – comme le laisserait supposer la culture institutionnelle – la Confédération adopte une *stratégie coopérative*, préservatrice de la répartition des compétences, on peut s'attendre à une *attitude de coopération (verticale et horizontale) des cantons*. Cette coopération serait d'un côté *traditionnelle* (facteur culturel), mais elle devrait aussi être vue comme une réaction *quasi-fonctionnelle*, car l'internationalisation crée un besoin accru d'harmonisation pour des raisons d'efficacité dans l'adaptation des normes :

3. La libéralisation imposée "d'en haut" – les cantons entre coopération et confrontation

H2a: La pression externe à l'adaptation renforce la coopération verticale et/ou horizontale.

Si, par contre, la Confédération tend à utiliser la distribution inégale de "say" et "pay" en *imposant* aux cantons une réforme d'en haut, on doit s'attendre à ce que ces derniers adoptent une *stratégie de confrontation et de coopération horizontale* qui viserait à défendre la répartition " dualiste " des compétences. Dans ce cas, la coopération accrue *correspondrait plutôt à une réaction stratégique* au renforcement du gouvernement fédéral²⁷.

H2b: La volonté des cantons de réduire la portée de l'intervention fédérale dans un domaine politique renforce la coopération intercantonale horizontale.

Comme nous allons le montrer en détail par la suite, la stratégie des cantons s'est située entre la confrontation (tendance au refus de la LMI) et la coopération horizontale (refus concerté de la LMI, élaboration commune de l'AIMP). Il s'agira donc d'analyser si cette coopération horizontale résultait d'un besoin fonctionnel de coordination et d'une recherche d'efficacité dans l'adaptation (H2a), ou d'une stratégie destinée à contrer l'intervention de la Confédération (H2b).

3.2 Méthodes d'analyse et données

Pour tester ces hypothèses, nous adoptons une *démarche qualitative*, basée sur l'analyse de *sources écrites* documentant les processus de décision pour ces deux actes normatifs (messages, rapport explicatif, débats parlementaires, prises de position dans les procédures de consultation²⁸) ainsi que sur des *entretiens* avec

²⁷ Abderhalden (1999: 133) met également l'accent sur le fait que l'imbrication croissante entre politiques interne et extérieure risque de mener à un affaiblissement de l'autonomie cantonale. Comme nous le postulons dans l'hypothèse H2b, Abderhalden conçoit la stratégie de coopération intercantonale comme un moyen de renforcer la position des cantons par rapport à la Confédération dans un environnement internationalisé.

²⁸ Nous remercions tout particulièrement le secrétariat de la DTAP qui nous a donné accès aux archives documentant le processus d'élaboration de l'AIMP.

3. La libéralisation imposée "d'en haut" – les cantons entre coopération et confrontation

des acteurs centraux des processus²⁹. Cette démarche méthodologique permet de reconstruire en détail les étapes du processus de décision et d'analyser les arguments des acteurs. L'importante récolte de données que cette démarche qualitative requiert ne permet cependant pas de comparer ces cas de réformes à un grand nombre d'autres cas. Par conséquent, nous ne pouvons pas prétendre à une généralisation des résultats à d'autres réformes politiques similaires.

Il reste à ajouter des précisions sur la *délimitation exacte du sujet* que nous traitons dans ce chapitre: 1) Nous nous focalisons sur les processus qui ont conduit à l'adaptation des normes cantonales au nouveau contexte international. Ainsi, la transposition du GATT à travers l'AIMP et l'adoption de la LMI font l'objet de notre analyse. *Les processus de réforme au niveau fédéral* (notamment l'adoption de la Loi fédérale sur les marchés publics LMP) *ne sont pas traités ici ou seulement en marge*. 2) Nous traitons dans ce travail uniquement la phase de transposition et *non pas le processus de négociation internationale au niveau de l'EEE et du GATT*. Cette phase de négociation a été analysée en détail dans le travail de Pravato (1995). 3) *Les processus de libéralisation ultérieurs*, soit les négociations bilatérales, la révision de l'AIMP de 2001 ou la création du site Internet simap.ch *ne sont pas au centre de l'analyse*. Leur inclusion aurait dépassé le cadre de ce travail. Nous les évoquons uniquement lorsqu'il s'agit d'illustrer les conséquences des processus d'adoption de la LMI et de l'AIMP sur le déroulement des réformes subséquentes.

L'analyse est structurée comme suit: dans un premier temps, nous allons donner un bref aperçu factuel des processus d'adaptation. Dans un deuxième temps, nous analysons plus en détail la *stratégie adoptée par le gouvernement fédéral* en ce qui concerne l'ouverture des marchés publics cantonaux. Ensuite, les *stratégies cantonales* dans les processus d'adoption de l'AIMP et de la LMI sont analysées et

²⁹ Deux entretiens pertinents pour notre problématique (cf annexe 1, entretiens VI et VII) ont été menés par l'auteure dans le cadre de la recherche FNRS "Reshaping Decision-making processes under external pressure" (dirigée par le Prof. Yannis Papadopoulos; subside n° 5004-058511/1) qui a également étudié le processus d'adoption de la LMI. Une partie des sources documentaires ont également été récoltées dans le cadre de cette étude. La recherche FNRS était pourtant focalisée en premier lieu sur les processus de décision fédéraux et non pas sur les relations entre cantons et Confédération.

3. La libéralisation imposée "d'en haut" – les cantons entre coopération et confrontation

discutées en regard des hypothèses H2a et H2b. Ainsi, nous allons tenter d'identifier *les raisons qui ont conduit les cantons à adopter ces stratégies*. Cette analyse détaillée des deux processus nous permettra à la fin du chapitre de discuter la première hypothèse H1 qui postule un *renforcement du gouvernement fédéral vis-à-vis des cantons* concernant l'ouverture des marchés publics cantonaux³⁰. Les remarques conclusives permettront de formuler quelques réflexions concernant les *conséquences* du déroulement des processus analysés sur les réformes ultérieures et sur la mise en œuvre.

3.3 *Dynamiques de coopération et de confrontation dans l'ouverture des marchés publics cantonaux*

L'ouverture des marchés publics cantonaux a fait l'objet des négociations sur l'EEE entre les pays de l'AELE et de la Communauté européenne dès la fin des années 1980, ainsi que des négociations sur l'Uruguay Round du GATT, qui ont débuté à peu près au même moment. Les négociations EEE sur les marchés publics aboutissaient déjà en 1991 à un accord sur le fait que l'acquis communautaire pertinent allait être repris par les pays de l'AELE. Il était plus difficile, par contre, de trouver un accord dans le cadre du GATT, où les divergences entre les Etats-Unis, le Canada et l'UE avaient longtemps bloqué les négociations. Le renoncement au principe de la nation la plus favorisée en faveur du principe de *degrés de libéralisation variables* entre les parties contractantes (Pravato 1995: 74) a finalement permis d'arriver à un accord en décembre 1993. Le contenu des deux traités internationaux était largement similaire en ce qui concerne les engagements que la Suisse était prête à prendre, sauf que l'accord EEE allait plus loin en incluant également la libéralisation des marchés communaux, de certains secteurs (chemins de fer et télécommunications) et d'entreprises concessionnées (cf. section 1.2. ci-dessus pour plus de détails).

Pour assurer le suivi de ces deux processus de négociations internationales touchant les compétences cantonales, la Confédération et les cantons avaient mis

³⁰ Il s'avère judicieux de discuter l'hypothèse H1 après les hypothèses H2a et H2b, car l'appréciation de l'évolution des relations de pouvoir présuppose la connaissance de l'ensemble des processus d'adaptation.

3. La libéralisation imposée "d'en haut" – les cantons entre coopération et confrontation

en place une structure de consultation et de collaboration dont le "noyau dur" était le *groupe de contact Cantons-Confédération* (Pravato 1995: 78ss)³¹. Ce groupe réunissait des membres d'exécutifs cantonaux et des représentants du Département fédéral de justice et police. Son but n'était pas d'inclure les cantons directement dans les négociations, mais de les informer et de leur permettre de se prononcer sur l'avancement des négociations. Au sein du groupe de contact, les cantons ont par ailleurs créé des organes, tels que le *réseau des délégués cantonaux aux affaires européennes* et le *comité de coordination*, qui devaient leur permettre de suivre les négociations et de se préparer à l'adaptation des législations cantonales. Le comité de coordination, composé de représentants des cantons, de la Confédération et de la Fondation suisse pour la collaboration confédérale, répartis en groupes de travail, a élaboré des études sectorielles sur les changements législatifs que l'EEE – et dans une moindre mesure le GATT – allait rendre nécessaires, entre autres concernant les marchés publics. En dépit de cette structure de coopération relativement développée, Pravato (1995: 80) arrive à la conclusion que celle-ci a tout au plus servi à *informer* les cantons, mais n'a pas induit une véritable consultation ou une collaboration effective. Il estime qu'en négociant au niveau international, la Confédération a imposé aux cantons de nouvelles normes selon des "méthodes peu conventionnelles et peu respectueuses de la pratique fédéraliste helvétique".

3.3.1 Processus de libéralisation dans un contexte internationalisé : bref aperçu des processus d'élaboration de l'AIMP et de la LMI au début des années 1990

La position du gouvernement fédéral a donc été renforcée vis-à-vis des cantons *au cours* des négociations internationales. Regardons brièvement le déroulement des processus de transposition qui ont suivi ces négociations.

³¹ Sur la base de ce groupe de contact a été créée en octobre 1993 la Conférence des gouvernements cantonaux CdC.

3. La libéralisation imposée "d'en haut" – les cantons entre coopération et confrontation

3.3.1.1 La dynamique EEE: l'adoption de la LMI

Après le refus de l'accord EEE en votation populaire le 6 décembre 1992, le Conseil fédéral craignait que les entreprises suisses soient privées d'accès aux marchés publics de l'UE. La conclusion de l'accord GATT devenait donc prioritaire. Toutefois, il était difficile de prévoir non seulement si ces négociations allaient aboutir, mais surtout quand. En outre, le refus de l'EEE avait généré une crainte plus générale concernant la marginalisation économique de la Suisse. Par conséquent, en réponse notamment au rapport du Professeur Hauser de l'Université de St. Gall analysant les répercussions économiques de différents scénarii "européens" sur la Suisse (Hauser et Bradke 1991), le Conseil fédéral a lancé en janvier 1993 un "*programme de revitalisation*" de l'économie suisse (pour plus de détails, voir Mach 2003). Ce programme comprenait prioritairement l'élaboration de trois nouvelles lois dont le but était de stimuler la compétitivité de l'économie suisse. Il s'agissait de la Loi fédérale sur les cartels³², de la Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce³³ et de la Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI). Le but de cette dernière loi était *d'abolir dans la plus grande mesure possible les barrières aux échanges entre les cantons*, barrières mises en évidence par Senti et Baltensperger (1991) dans une étude sur le marché intérieur suisse. Cette étude était directement inspirée du fameux rapport Cecchini (publié en 1992, mais élaboré à la fin des années 1980) qui lui portait sur les avantages d'un marché unique au sein de la CE.

En juin 1993, le Département fédéral de l'économie a mis en place une commission d'étude sous la présidence du Professeur Thomas Cottier, spécialiste de droit économique international et ancien collaborateur de l'OFAEE, qui était chargée d'élaborer un avant-projet de la LMI. Cette commission était en grande partie composée de professeurs de droit et de certains représentants de la Confédération. Cependant, les cantons – principaux concernés par la loi – n'étaient représentés que par deux Euro-délégués de Zurich et Berne. Quant aux associations

³² RS 251

³³ RS 946.51

3. La libéralisation imposée "d'en haut" – les cantons entre coopération et confrontation

d'intérêts, elles étaient tout simplement exclues de la commission³⁴. Après avoir mené quelques "audits" auprès des cantons et des associations d'intérêts en septembre 1993, la commission d'étude présentait un avant-projet en novembre 1993 déjà. Celui-ci incluait notamment la mise en place du principe du "Cassis de Dijon" sur le marché intérieur suisse³⁵, ainsi que *l'exigence de non discrimination dans la passation des marchés publics cantonaux*, indépendamment de la valeur de ces marchés. Déjà au cours des travaux de la commission, mais plus encore pendant la phase de consultation entre février et avril 1994, il s'avérait que *l'inclusion des marchés publics cantonaux dans la loi était le point le plus controversé de l'avant-projet*. Alors que la quasi-totalité des cantons s'exprimait en faveur de l'orientation générale de la LMI, une majorité d'entre eux avançait de sérieux *doutes concernant la compétence de la Confédération de légiférer dans ce domaine précis*, car la réglementation des marchés publics relevait traditionnellement de la compétence exclusive des cantons³⁶. Par la suite, la Conférence des gouvernements cantonaux (CdC) chargeait le Professeur Rainer Schweizer de formuler un avis de droit sur la constitutionnalité de la LMI. Celui-ci, sans constater clairement un caractère inconstitutionnel de la loi, parvenait à la conclusion qu'elle constituait effectivement une *limitation de l'autonomie d'organisation des cantons*

³⁴ Composition de la commission d'étude selon le message du Conseil fédéral sur la LMI (FF 1994 I 1227): Thomas Cottier, Prof. de droit, Berne, président; Andreas Auer, Prof. de droit, Genève; Peter Balastèr, Dr. ès sc.po, OFQC; Marino Baldi, Dr. ès sc.éco., Ambassadeur, OFAEE; Rolf Dähler, lic en droit et en sc.éco., secrétariat de la Commission des cartels; Olivier Jacot-Guillarmod, Prof. de droit, Neuchâtel, OFJ; Anton Kiliass, Euro-délégué du canton de ZH; Volker Kind, Dr. ès sc.éco., OFIAMT; Nicolas Michel, Prof. de droit, Fribourg; Bernhard Mürger, lic en droit, Euro-délégué du canton de Berne; Luzian Odermatt, lic. en droit, OFJ; Paul Richli, Prof. de droit, Bâle, ancien directeur de l'OFJ; Anne Vernay, lic ès sc.soc, Bureau de la consommation.

³⁵ Bien que la LMI soit donc un projet législatif purement national, elle était clairement inspirée par le droit européen et – paradoxalement – découlait directement du refus de l'EEE.

³⁶ Selon la synthèse de la procédure de consultation du Département fédéral de l'économie (EVD 1994), huit cantons (ZH, BE, BS, BL, SH, GR, AG) ont refusé la LMI par principe de préservation du fédéralisme. Six cantons ont accepté la LMI en émettant des réserves concernant notamment l'inclusion des marchés publics (LU, OW, ZG, SO, AI, JU). Enfin, dix cantons ont exprimé un accord général sur la LMI (UR, SZ, NW, GL, FR, TG, TI, VS, NE, GE) en demandant toutefois des modifications, notamment l'inclusion d'aspects de politique régionale.

3. La libéralisation imposée "d'en haut" – les cantons entre coopération et confrontation

*et de leur compétence à mener une politique économique*³⁷. Un débat similaire sur l'existence d'une base constitutionnelle suffisante pour la LMI avait déjà eu lieu au sein de la commission d'étude qui avait finalement estimé que la Confédération était compétente pour énoncer des principes concernant la libéralisation des marchés publics cantonaux en se *basant sur la liberté de commerce et d'industrie (LCI)* (EVD 1993). En raison de ces doutes juridiques et de l'opposition fédéraliste, le Conseil fédéral a mandaté l'OFAEE en été 1994 pour mener des consultations supplémentaires auprès des cantons. Dans une procédure très inhabituelle, les représentants de la Confédération et de la CdC se sont donc remis à la table de négociation en août 1994 où, après des débats houleux ils sont parvenus à un premier compromis qui consistait à mentionner explicitement dans la loi la primauté du droit intercantonal conforme à la LMI et à supprimer la mention explicite de valeurs-seuils de publication dans la loi.

En novembre 1994, le Conseil fédéral transmettait à l'Assemblée fédérale son message sur le projet de LMI (Conseil fédéral 1995), en même temps que les projets de Loi sur les cartels et de Loi sur les entraves techniques au commerce. Néanmoins, au cours des débats au sein des commissions parlementaires et au plénum des chambres entre le printemps et l'automne 1995, *la résistance fédéraliste contre l'inclusion des marchés publics dans la LMI resurgissait*. Elle atteignait son point culminant d'une part dans une lettre où la DTAP avançait la menace d'un soutien des cantons à un référendum facultatif contre la LMI, d'autre part dans une proposition de *refus d'entrée en matière* défendue par une minorité bourgeoise de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (Assemblée fédérale 1995). Les tenants du fédéralisme qui défendaient cette proposition de minorité mettaient en avant que la Confédération n'était pas compétente pour légiférer en la matière et que les concordats intercantonaux seraient suffisants pour assurer la libéralisation des marchés publics cantonaux. Une majorité parlementaire composée de la gauche et de larges segments des partis bourgeois a cependant adopté la LMI le 6 octobre 1995.

37 Schweizer, Rainer J. Rechtsgutachten zum Vorentwurf eines Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM) vom 8.März / 6.April 1994.

3. La libéralisation imposée "d'en haut" – les cantons entre coopération et confrontation

Nous pouvons qualifier la stratégie des cantons dans le processus d'adoption de la LMI comme *un refus catégorique d'une intrusion de la Confédération dans les compétences cantonales* (stratégie de *confrontation*). De plus, nous observons une stratégie de *coopération horizontale dans l'articulation des critiques à travers la CdC et la DTAP*.

3.3.1.2. La transposition de l'accord GATT: l'adoption de l'AIMP

Au cours des négociations du GATT et de l'EEE, les cantons avaient déjà commencé à se concerter sur la libéralisation de leurs marchés publics (cf. plus haut). Le projet "Marchés publics Suisse-Europe" lancé par la DTAP en vue de l'EEE était maintenu – après une période d'hésitation suite au verdict populaire (Pravato 1995) – et transformé en "Marchés publics suisses", notamment parce que les cantons étaient conscients du fait que la libéralisation internationale allait de toute façon être réalisée par le biais du GATT (entretien VI, annexe 1). La DTAP mandatait donc un groupe d'experts, notamment des juristes et avocats spécialisés dans le domaine, afin d'élaborer des principes qui serviraient de base à l'adaptation législative (inter)cantonale.

Sous la direction du Professeur Nicolas Michel de l'Université de Fribourg, ces experts proposaient déjà en mars 1993 - donc avant l'aboutissement des négociations du GATT - les premières thèses de travail concernant les principes d'harmonisation des législations cantonales. En septembre 1993, ils présentaient un premier *avant-projet de loi-modèle*. Cependant, deux questions sont restées ouvertes pendant longtemps: premièrement, il s'agissait de déterminer par quelle voie l'ouverture coordonnée devait être atteinte. Une des solutions proposées consistait à élaborer au niveau de la DTAP une loi-modèle que chaque canton aurait dû adopter sur le plan cantonal (avec d'éventuelles modifications), en concluant ensuite des conventions de réciprocité avec les autres cantons. Bien que cette option ait eu l'avantage d'être flexible pour intégrer les spécificités cantonales, sa lourdeur représentait un handicap considérable. La deuxième solution, finalement privilégiée par les cantons, était l'adoption d'un concordat intercantonal qui garantissait une *harmonisation effective et directe, car chaque canton donnait son accord à des dispositions identiques*. La deuxième question ouverte concernait la portée matérielle de l'harmonisation. Le concordat pouvait soit être limité à

3. La libéralisation imposée "d'en haut" – les cantons entre coopération et confrontation

des principes et à des marchés d'une grande valeur, soit régler l'ensemble du domaine, y compris les marchés de moindre importance, les marchés des communes et les dispositions détaillées de procédure.

Entre le printemps et l'automne 1993, le groupe d'experts travaillait sur les différentes variantes et soumettait finalement en décembre 1993 des principes législatifs pour la libéralisation des marchés publics cantonaux à la *consultation* (DTAP 1993). Celle-ci mettait en évidence que les cantons étaient *conscients de la nécessité d'arriver à une ouverture réciproque des marchés publics*. Une grande partie d'entre eux s'exprimait en faveur d'un concordat en argumentant qu'il constituait le seul moyen d'arriver à une harmonisation véritable. Cependant, il ressortait également des prises de position *qu'une majorité des cantons voulait limiter l'harmonisation aux principes et que des résistances substantielles à l'ouverture des marchés publics persistaient*³⁸. Par conséquent, la DTAP continuait à avancer par tâtonnements et présentait en août 1994 à ses membres un projet d'accord intercantonal limité aux principes. Il était néanmoins prévu d'assortir ce concordat de principes législatifs (dispositions d'exécution) comprenant des valeurs-seuils inférieures à celles du GATT, afin d'arriver à une ouverture plus importante que ne l'exigeait le GATT, conformément à la LMI qui, parallèlement était en discussion au niveau fédéral. La DTAP aurait eu la compétence de rendre ces principes obligatoires. Lors de la conférence plénière de la DTAP en septembre 1994, *les membres des gouvernements cantonaux décidaient cependant de limiter la libéralisation aux principes et aux exigences impératives du GATT* et refusaient une ouverture contraignante des marchés en-dessous des valeurs-seuils du GATT. Par ce biais, ils conservaient une grande marge de manoeuvre tant au niveau des dispositions de procédure qu'au niveau de la réglementation des

³⁸ Citons comme exemple un passage de la prise de position du canton d'Obwald: „Realistischerweise muss gesagt werden, dass eine vollständige Liberalisierung der öffentlichen Märkte politisch kaum durchsetzbar sein wird. Bei den Zuschlagskriterien könnte der Punkt „Gebietsansässigkeit“ unserer Meinung nach offen ausgewiesen werden und müsste nicht z.B. unter „Umweltschutz“ subsumiert werden. Eine eingegrenzte Bevorzugung örtlicher Unternehmen erscheint legitim, sind doch die volkswirtschaftlichen und steuerlichen Auswirkungen für die jeweiligen öffentlichen Bauträger von Bedeutung.“ Baudepartement des Kantons Obwalden. Vernehmlassungsverfahren: öffentliche Märkte. Stellungnahme vom 1. März 1994.

3. La libéralisation imposée "d'en haut" – les cantons entre coopération et confrontation

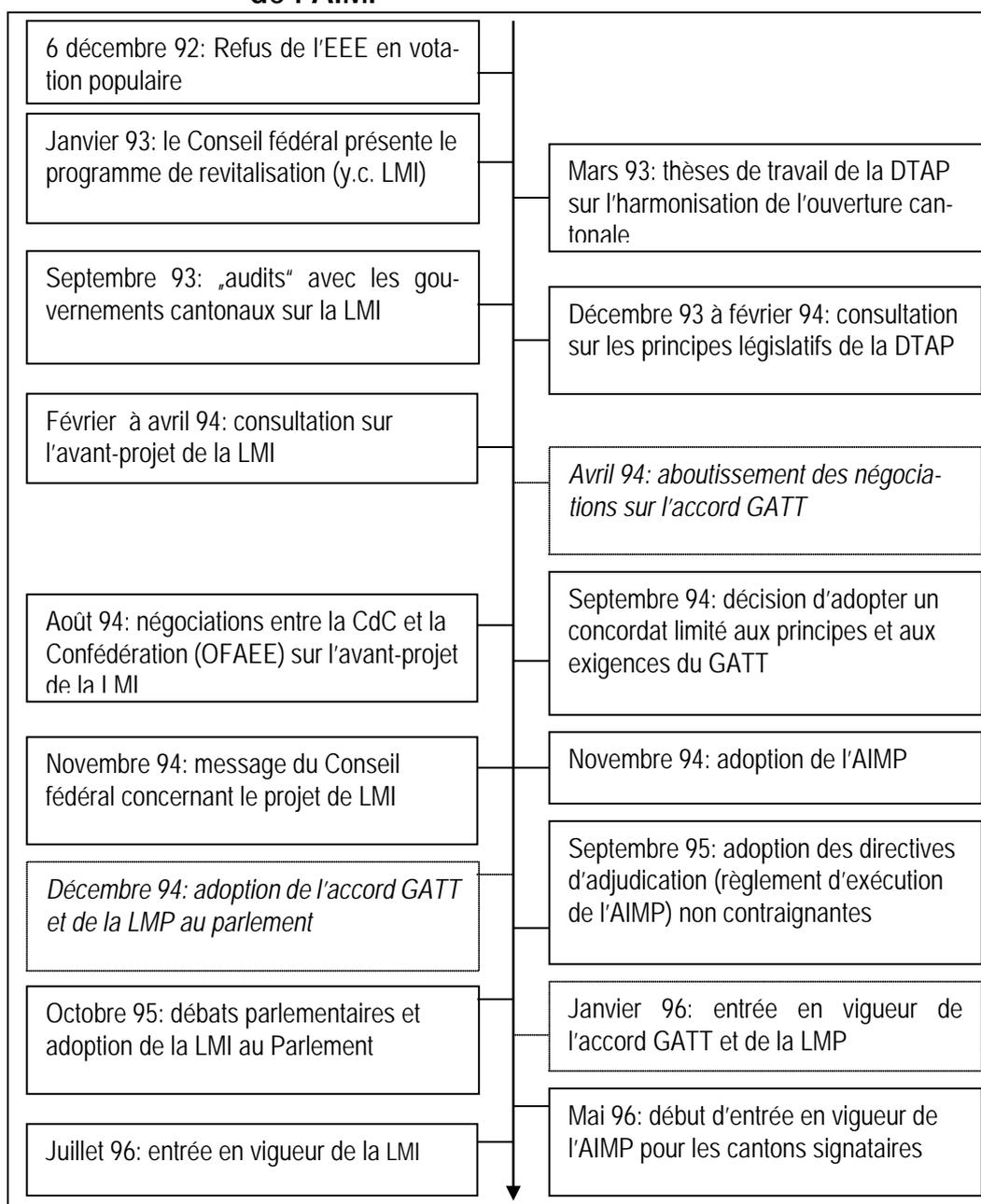
marchés publics de moindre importance. L'AIMP, adopté le 25 novembre 1994, devenait ainsi un *véritable acte de transposition de l'accord du GATT* au niveau des cantons. Ces derniers ont refusé de conférer aux directives d'adjudication, adoptées en automne 1995 par la DTAP, un caractère contraignant. Ainsi, les cantons ont renoncé à ce moment à harmoniser leur législation en-dessous des valeurs-seuils du GATT.

Dans le processus d'adoption de l'AIMP, les cantons ont fait preuve d'une *coopération horizontale* importante, notamment au sein de la DTAP. Nous allons plus avant tenter de *déceler les raisons qui ont poussé les cantons à la coopération*. Il est important de noter que cette transposition de l'accord du GATT n'a pas vraiment donné lieu à des mécanismes de coopération verticale entre les cantons et la Confédération, bien que des processus législatifs intimement liés (AIMP, LMI, LMP) se déroulaient aux deux niveaux. Nous avons déjà évoqué ci-dessus les divergences entre cantons et Confédération dans l'élaboration de la LMI, qui peuvent en partie expliquer la faiblesse de coopération verticale. En outre, la Confédération a transposé l'accord du GATT au niveau fédéral au moyen de la LMP sans associer les cantons aux travaux préparatoires, bien que ces derniers avaient fait part de leur intérêt à coordonner les projets de loi et d'accord inter-cantonal (entretien VI, annexe 1). *L'absence de coordination verticale est étonnante et contredit en partie l'hypothèse H2a* qui postulait un renforcement de la coopération horizontale et verticale en cas d'internationalisation. L'analyse de la stratégie adoptée par le gouvernement fédéral – comme *variable intermédiaire* – contribue à expliquer ce constat.

Le tableau suivant donne une vue d'ensemble synthétique et comparative des principales étapes des processus analysés. Il est important de mettre les deux processus en parallèle, car c'est leur imbrication qui permet de comprendre les stratégies de coopération et de confrontation observées.

3. La libéralisation imposée "d'en haut" – les cantons entre coopération et confrontation

Tableau 3: Les étapes des processus d'adoption de la LMI et de l'AIMP



3. La libéralisation imposée "d'en haut" – les cantons entre coopération et confrontation

3.3.2 Les stratégies adoptées par le gouvernement fédéral: un départ de la tradition de coopération verticale

Börzel (2002) affirme que la stratégie d'adaptation des entités sub-nationales dépend de la culture institutionnelle coopérative ou compétitive d'un pays. Nous ajoutons à ce modèle „culturaliste“ que la stratégie choisie par l'autorité centrale produit également des effets sur la réaction des cantons.

Nous allons montrer dans cette partie *que la Confédération a adopté une stratégie confrontative plutôt „atypique“ par rapport à la tradition fédéraliste suisse*, en s'appuyant pour ce faire sur des arguments liés à l'internationalisation du domaine des marchés publics cantonaux.

La volonté de la Confédération de *saisir „l'opportunité internationale“ pour imposer et accélérer l'ouverture des marchés cantonaux* apparaît surtout dans sa réaction face au refus de l'EEE, c'est-à-dire dans le projet d'élaboration de la LMI³⁹. Les acteurs fédéraux, et notamment les membres de la commission d'étude, *étaient conscients que la base constitutionnelle pour légiférer au niveau fédéral sur les marchés publics cantonaux était très étroite*. Cette question a conduit à des divergences au sein de la commission entre les membres proches de l'OFAEE – plus „libéraux“ – et ceux proches de l'Office fédéral de la justice – plus „fédéralistes“ – sur la question de savoir jusqu'à quel point la Confédération pouvait d'une part se permettre d'intervenir dans les compétences des cantons et d'autre part, sur quelle base elle pouvait s'appuyer pour le faire (entretien VII, annexe 1). Finalement, la commission a dû admettre que *seule une toute nouvelle interprétation de la Liberté de commerce et d'industrie (LCI) permettrait d'adopter cette loi*. Dans le rapport explicatif accompagnant le projet de LMI, on lit: „Die Schwierigkeiten bestehen generell darin, dass sich das Vorhaben des Binnenmarktgesetzes traditionellen Kriterien der Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen und damit

³⁹ Il convient de noter aussi qu'en mars 1994 déjà, la Confédération a proposé à l'UE de négocier de manière bilatérale sur une ouverture plus importante des marchés publics, notamment en ce qui concerne les marchés communaux (Pravato 1995), dont la réglementation appartenait jusque-là aux cantons.

3. La libéralisation imposée "d'en haut" – les cantons entre coopération et confrontation

auch einer hergebrachten Lesart der Verfassung teilweise entzieht und in neuen Kategorien gedacht werden muss" (EVD 1993: 22)⁴⁰.

Au vu de ces arguments juridiques délicats, *la mise en avant de l'origine et de l'importance internationale économique et politique de la LMI en tant que sources de légitimité est peu surprenante*. La loi était présentée comme un élément central d'amélioration de la compétitivité de la place économique suisse dans le contexte international. Le Conseil fédéral (1995: 1213) a écrit dans son message : „la création en Suisse d'un marché intérieur ouvert est une démarche qui s'impose si l'on veut maintenir la prospérité du pays dans le cadre du processus de globalisation des marchés". En outre, la LMI était censée préparer le terrain pour *l'intégration future de la Suisse au marché européen*: „Mit Bezug auf künftige Verhandlungen kommt dem Binnenmarktgesetz aber auch im internationalen Verhältnis eine grosse Bedeutung zu. Das Gesetz ist ein wichtiges Element im Hinblick auf die weiteren Entwicklungen im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses." (EVD 1993: 41). L'internationalisation du secteur des marchés publics a contribué à ouvrir une *fenêtre d'opportunité* pour la Confédération lui permettant d'intervenir dans les compétences cantonales. Le Professeur Cottier (entretien VII, annexe 1), président de la commission d'étude, confirme que l'adoption de la LMI incluant les dispositions sur les marchés publics a été rendue possible par une *conjonction particulière de circonstances*, dont le refus populaire de l'EEE et la peur d'une marginalisation économique du pays, la pression de l'économie d'exportation à l'ouverture des marchés et l'étude de Senti et Baltensperger (1991). Cette conjoncture a selon lui permis des réformes qui sans cela auraient été presque impossibles à faire passer. En outre, deux facteurs "tactiques" ont selon Cottier, facilité l'adoption de la LMI: d'un côté, la formulation très abstraite de la loi faisait que son potentiel d'ouverture tendait à être sous-estimé. De l'autre côté, la LMI faisait partie d'un paquet de trois lois, dont la Loi sur les Cartels qui a capté une grande partie de l'attention des milieux politiques.

⁴⁰ La citation suivante de Cottier et Wagner (1995: 1583) met en évidence que le contenu de la LMI était clairement inspiré par le droit international et s'écartait des interprétations nationales traditionnelles : „Es [das BMG] holt in der Rechtsprechung über Jahrzehnte versäumtes nach. Es arbeitet mit neuen, dem Europarecht und dem Welthandelsrecht entlehnten Ansätzen, welche das Ziel in gegenseitiger Ergänzung von kantonalem Recht und Bundesrecht verwirklichen“.

3. La libéralisation imposée "d'en haut" – les cantons entre coopération et confrontation

La Confédération a donc profité du contexte international pour faire adopter une réforme interne qui échappait du moins en partie à sa compétence traditionnelle. Le caractère de confrontation de la stratégie fédérale devient encore plus manifeste par le fait qu'un des buts explicites de la LMI était d'exercer une pression sur les cantons pour faire avancer la libéralisation et l'harmonisation intercantonale (entretien VII, annexe 1). Dans son message (1995: 1202), le Conseil fédéral commence par affirmer qu'il appartient aux cantons de combler les lacunes du marché intérieur dans leurs domaines de compétences, pour écrire ensuite : „...mais il faut se pencher sur les faiblesses du fédéralisme et de la collaboration intercantonale. La douloureuse histoire d'un certain nombre de solutions basées sur des concordats montre bien que l'utilité d'une [...] harmonisation volontaire des mesures et des dispositions cantonales ne jouit pas, en Suisse, de la reconnaissance qu'elle mérite. Les efforts complémentaires et parallèles de la Confédération visant notamment à encourager la conclusion de concordats n'en sont que plus nécessaires“. La LMI était donc clairement un moyen de pression de la Confédération sur les cantons, car elle créait le droit de recours pour des acteurs privés contre des dispositions cantonales discriminatoires, et ceci même en-dessous des valeurs-seuils du GATT.

Cette pression visait directement le processus d'harmonisation cantonale qui était parallèlement en cours. De plus, elle s'est accentuée dès l'aboutissement des négociations du GATT en avril 1994. Puisque la Confédération est responsable envers l'extérieur du respect des engagements internationaux pris par le pays, certains acteurs fédéraux laissent sous-entendre que les autorités fédérales seraient habilitées à intervenir en dernier lieu si les cantons n'arrivaient pas à libéraliser leurs marchés dans les délais. Concernant cette répartition des compétences, l'ambassadeur Luzius Wasescha écrivait au début de 1996 : „*Tant que les cantons parviennent à mettre en oeuvre leurs engagements, il n'est pas nécessaire que la Confédération intervienne en vertu des engagements pris au niveau international*“ (1996a: 47; c'est nous qui soulignons). Et quelques mois plus tard : „...il faut bien voir – et les procédures de mise en oeuvre de l'accord OMC sur les marchés publics l'ont démontré – que dans la plupart des cantons, les instruments nécessaires à l'adaptation rapide de la législation cantonale font (encore) défaut. [...] *le concordat devra apporter la preuve que les cantons sont prêts à s'engager sur cette voie.*“ (1996b: 22; c'est nous qui soulignons).

3. La libéralisation imposée "d'en haut" – les cantons entre coopération et confrontation

La stratégie fédérale était largement axée sur l'imposition "d'en haut" de réformes et donc sur la confrontation. La Confédération a très peu cherché à développer la coopération verticale, que ce soit dans l'élaboration de la LMI, ou dans les travaux préparatoires de la LMP, deux étapes où les cantons étaient largement exclus (entretien VI, annexe 1). Nous postulons que cette attitude permet en partie d'expliquer la stratégie d'adaptation des cantons.

3.3.3 Les stratégies adoptées par les cantons : Comment expliquer la coopération horizontale ?

L'attitude des cantons dans le processus d'ouverture de leurs marchés publics était certes en partie axée sur la coopération horizontale et verticale (comme le laisse supposer la „culture institutionnelle“ suisse), par exemple dans le groupe de contact au cours des négociations. Cependant, ils ont aussi adopté une stratégie de *confrontation* et de *coopération horizontale „défensive“* contre l'intervention fédérale. La confrontation "coordonnée" s'est manifestée à plusieurs reprises dans le processus d'adoption de la LMI. La CdC a, par exemple, mandaté un avis de droit propre sur la constitutionnalité de cette loi, alors même que la commission d'étude comprenait déjà quatre professeurs de droit. Par ailleurs, à l'automne 1994, la CdC reprochait à l'OFAEE d'avoir évalué trop positivement les prises de position des cantons concernant l'avant-projet de la LMI afin de faciliter son adoption. Finalement, les cantons ont mobilisé certains parlementaires pour demander un refus d'entrée en matière au Conseil national et la DTAP a souligné dans une lettre adressée à la commission parlementaire le fait que les cantons étaient disposés à soutenir pour la toute première fois un référendum facultatif : „[Die Kantone] bringen [...] zum Ausdruck, dass sie ein Referendum unterstützen werden. Es ist in 16 Jahren das erste Mal, dass ich im Nationalrat seitens der Kantone eine so klare Willensäusserung erlebe“ (Conseiller national Stucky, Assemblée fédérale 1995: 1146). Le Professeur Cottier, président de la commission d'étude LMI, a affirmé que les acteurs fédéraux s'attendaient à une certaine opposition de la part des cantons, mais qu'ils étaient finalement surpris de la vé-

3. La libéralisation imposée "d'en haut" – les cantons entre coopération et confrontation

hémence de cette opposition (entretien VII, annexe 1)⁴¹. Quant à l'élaboration de l'AIMP, les cantons ont clairement misé sur une stratégie de *coopération horizontale étroite* en adoptant un concordat plutôt qu'une loi-modèle. En peu de temps (mars 1993 à novembre 1994), ils ont réussi à se mettre d'accord sur une harmonisation des principes d'ouverture.

C'est notamment par rapport à la stratégie de coopération horizontale que nous pouvons *discuter les hypothèses explicatives énoncées plus haut*. Selon *H2a*, cette coopération horizontale est une réaction quasi-fonctionnelle à un besoin accru de coordination et d'harmonisation dans un contexte d'internationalisation de la politique. Elle est motivée par la recherche d'efficience dans l'ouverture commune des marchés publics. Selon *H2b*, par contre, cette coopération inter-cantonale correspond plutôt à une réaction stratégique des cantons visant à contrer l'intervention de la Confédération et à regagner du pouvoir („say“) dans ce domaine politique. *Nous nous interrogeons en quelque sorte sur le fait de savoir si les cantons auraient collaboré sans la pression de la Confédération, ou si au contraire celle-ci était une condition nécessaire pour l'adaptation cantonale au nouveau contexte international. La réponse doit être nuancée, car l'évidence empirique confirme partiellement les deux hypothèses.*

D'un côté, *plusieurs indices montrent qu'une certaine coopération aurait eu lieu même sans l'intervention fédérale*: premièrement, les cantons ont très tôt, c'est-à-dire au début des négociations sur l'EEE, commencé à engager des ressources pour préparer la transposition coordonnée du droit international (groupe de contact, comité de coordination, groupe d'experts de la DTAP etc.) et ils ont en grande partie maintenu ces organes après le refus de l'EEE. Ces décisions ont été

⁴¹ Il s'agit néanmoins de noter que l'opposition la plus violente émanait toujours des organes de coopération horizontale (CdC et DTAP) et non pas des cantons eux-mêmes. La question reste ouverte quant au fait de savoir dans quelle mesure les positions défendues par ces organes étaient partagées entièrement par tous les cantons. Concernant la lettre de la DTAP qui lançait la menace référendaire, le Conseiller national Ledergerber affirmait par exemple : „In Tat und Wahrheit ist es so, dass das Sekretariat der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektorenkonferenz einen Brief geschrieben hat, von dem die anderen Kantone nicht einmal Kenntnis hatten, geschweige denn die Kantonsregierungen in globo.“ (Assemblée fédérale 1995: 1151).

3. La libéralisation imposée "d'en haut" – les cantons entre coopération et confrontation

prises bien avant que la Confédération ne menace d'adopter la LMI. Deuxièmement, dès le début des années 1990, un certain nombre de cantons ont conclu des conventions de réciprocité entre eux ainsi qu'avec des régions limitrophes, et ceci sans la pression de la Confédération⁴² (cf. annexe 4). Troisièmement, une majorité des cantons s'est exprimée en faveur d'un concordat et non pas d'une loi-modèle dans la procédure de consultation sur les principes législatifs. Neuf cantons ont même soutenu que le concordat était le seul moyen d'arriver à une harmonisation véritable et ont ainsi affirmé leur volonté politique de libéraliser les marchés cantonaux, sans que la menace de la LMI n'ait été invoquée explicitement comme argument dans cette consultation⁴³. Finalement, les cantons ont rapidement avancé dans l'élaboration du concordat. Les principes législatifs étaient soumis à la consultation avant même que les négociations du GATT aient abouti à un accord, et l'AIMP était adopté déjà en novembre 1994, soit une année entière avant l'adoption de la LMI. *Ces indices montrent que si la stratégie confrontative de la Confédération explique bien l'absence de coopération verticale, la coopération horizontale n'était pas uniquement le résultat de la menace d'intervention de la Confédération.* Elle émanait probablement aussi, du moins en partie, d'une volonté politique de libéraliser de la part d'un grand nombre de cantons et d'une tradition de coopération qui continue à influencer les processus politiques.

Néanmoins, il faut constater que la pression fédérale a clairement permis d'accélérer les efforts d'harmonisation intercantonale et a peut-être même rendu possible une réforme qui aurait été très difficile à mettre en place sans cette pression. Même la DTAP affirme aujourd'hui: „Es wird anerkannt, dass die Liberalisierung und Marktöffnung im Binnenbereich ohne den Druck des Binnenmarktgesetzes zwar nicht unterblieben, aber doch weniger schnell erfolgt wäre.“ (DTAP 2001). En effet, étant donné les résistances substantielles à l'ouverture des

⁴² Par contre, ces conventions de réciprocité ne pouvaient pas constituer une alternative valable à un concordat: „Hier kommen wir auf einen Punkt föderalen Wahnsinns. Wenn 26 Kantone mit 26 Kantonen Gegenseitigkeitsvereinbarungen abschliessen, damit das ganze Gebilde funktioniert, dann haben Sie 325 Vereinbarungen.“ (Conseiller national Ledergerber dans: Assemblée fédérale 1995: 1151)

⁴³ Il s'agissait notamment des cantons suivants: AR, BL, BS, LU, OW, SO, SZ, VD, ZG. Source: prises de position des cantons. Archives de la DTAP.

3. La libéralisation imposée "d'en haut" – les cantons entre coopération et confrontation

marchés publics qui apparaissaient encore dans la consultation sur les principes législatifs au printemps 1993 (cf. note 36), les cantons auraient sans doute eu beaucoup de peine à se mettre d'accord sur le principe de libéralisation sans pression „externe“. De même, le fait qu'en mai 96, six cantons seulement avaient adhéré à l'AIMP, alors que l'accord GATT était entré en vigueur, indique que l'adoption rapide de cet accord intercantonal en novembre 1994 était dans une large mesure destinée à éviter une intervention fédérale plus poussée. Par ailleurs, les cantons ont continuellement *réduit l'ampleur de l'harmonisation* par l'AIMP entre mars 1993 et la version finale de novembre 1994. Alors que les principes législatifs soumis à la consultation (DTAP 1993) contenaient encore des seuils bien inférieurs à ceux du GATT⁴⁴ et l'obligation de publier les marchés importants non seulement dans le bulletin officiel cantonal, mais aussi dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC), accessible à un public plus large, l'AIMP de novembre 1994 était strictement limité aux exigences du GATT et aux principes. Cet affaiblissement de la portée de l'AIMP n'était pas vraiment un signe de „volonté d'ouverture“. Il semble plutôt que les cantons étaient poussés par la Confédération (et le GATT) à parvenir rapidement à une harmonisation minimale, afin de préserver dans la plus grande partie possible leurs compétences. Un extrait de l'invitation à la séance plénière du 25 novembre 1994, où les membres de la DTAP devaient adopter définitivement l'AIMP, confirme explicitement cette impression: „Nous souhaiterions vous informer de l'éminente importance d'une harmonisation cantonale. Si les cantons ne réussissent pas à se mettre d'accord sur une réglementation commune de passation des marchés publics, la Confédération dictera ses conceptions aux cantons. Les cantons peuvent l'éviter par une action

⁴⁴ Ces seuils, nettement inférieurs à ceux du GATT, étaient proposés aux niveaux suivants: 1 million de francs pour les marchés de travaux de gros oeuvre et 250'000 francs pour les autres marchés (travaux, fournitures, services) en ce qui concerne la procédure ouverte. La procédure de gré à gré aurait été admise jusqu'à une valeur de 100'000 francs pour les marchés de travaux et jusqu'à 50'000 francs pour les marchés de services et de fournitures (DTAP 1993). Le secrétaire de la DTAP, le Dr. Georges Ganz (entretien VI, annexe 1), affirmait que les cantons étaient très réticents à adopter de tels seuils communs, notamment car il était difficile de trouver un niveau adéquat étant donné les différences de taille entre les cantons.

3. La libéralisation imposée "d'en haut" – les cantons entre coopération et confrontation

commune." ⁴⁵ *L'évidence empirique présentée ci-dessus tend à confirmer l'hypothèse H2b*, de même que l'avis du député socialiste Strahm: „Es ist kein Geheimnis, dass die Vorgeschichte des vorliegenden Gesetzesentwurfs dazu geführt hat, dass die Kantone jetzt ein Konkordat über öffentliche Beschaffungen ausgearbeitet haben [...]. Das Konkordat – so haben wir uns in der Kommission informieren lassen – ist nur dank dem Umstand zustande gekommen und so weit gediehen, dass dieser Entwurf zu einem Bundesgesetz [LMI] überhaupt im Raum stand.“ (Assemblée fédérale 1995: 1144).

Notre analyse a permis de mettre en évidence que *la stratégie d'adaptation des autorités cantonales était dans une large mesure influencée non seulement par les traditions de coopération et la volonté d'ouverture cantonale, mais aussi par la stratégie d'adaptation des autorités fédérales*. Finalement, il ne faut pas oublier que les préférences cantonales quant à l'ouverture n'étaient pas très homogènes. Certains gouvernements cantonaux, notamment ceux de cantons économiquement forts tels que Berne ou Zurich, s'engageaient très tôt en faveur de la libéralisation. Pour eux, la pression fédérale – bien que synonyme de limitation de leurs compétences – constituait en quelque sorte un „levier externe“ pour amener les cantons plus réticents à collaborer au niveau intercantonal (entretien VI, annexe 1). En outre, la pression externe pouvait permettre à de tels gouvernements de faire passer au niveau de leur propre canton une réforme qui se serait heurté à d'importantes résistances. En effet, plus un gouvernement est proche du niveau local, plus l'ouverture des marchés publics est difficile. Zäch (1998: 65) décrit le rôle de „levier“ que la LMI était censée jouer dans ce contexte: „Die Kantone und Gemeinden stehen unter Druck, ortsansässige Unternehmen zu bevorzugen. [...] Das Binnenmarktgesetz löst nun das öffentliche Beschaffungswesen aus dem Bereich der politischen Verantwortung und damit der allenfalls protektionistisch motivierten politischen Entscheidung heraus.“

La stratégie de coopération horizontale dans l'adoption de l'AIMP a permis aux cantons de conserver une marge de manoeuvre relativement importante dans le

⁴⁵ Invitation à l'assemblée plénière commune de la Conférence des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement et de la Conférence des directeurs cantonaux de l'économie publique du 25 novembre 1994.

3. La libéralisation imposée "d'en haut" – les cantons entre coopération et confrontation

domaine des marchés publics (rééquilibrage de „say“ et „pay“) et de s'affirmer contre la Confédération. Dans le prochain paragraphe, nous allons discuter l'évolution des rapports de pouvoir entre la Confédération et les cantons dans l'ouverture (internationale) des marchés publics cantonaux.

3.3.4 Un renforcement limité du gouvernement fédéral

Au vu de la présentation des processus d'ouverture ci-dessus, peut-on affirmer que l'internationalisation du domaine des marchés publics a *modifié les rapports de force entre la Confédération et les cantons en renforçant le pouvoir du gouvernement fédéral dans la phase d'adaptation nationale* (cf. H1 ci-dessus)? Nous parlons de renforcement si les autorités fédérales arrivent à étendre leur intervention dans le domaine des marchés publics cantonaux. Suivant cette définition, on peut effectivement constater un certain renforcement lié à l'internationalisation de cette politique. Il faut cependant nuancer ce constat, car le point de veto du fédéralisme garde un poids important et a permis aux cantons de contrer en partie ce renforcement.

Le renforcement du gouvernement se manifeste tant sur le plan de la transposition du GATT qu'au-delà des obligations internationales. Quant à la transposition, le Conseil fédéral a réussi, en négociant au niveau international, à *imposer aux cantons un calendrier de réforme domestique et à accélérer considérablement l'adoption de l'AIMP*. Comme les autorités centrales sont responsables vers l'extérieur du respect des engagements internationaux, elles auraient en dernier lieu la compétence de se substituer aux entités sub-nationales dans la transposition (Maugé 1992: 54), ce qui a mis les cantons sous pression pour procéder rapi-

3. La libéralisation imposée "d'en haut" – les cantons entre coopération et confrontation

dement aux réformes exigées⁴⁶. Mais *le contexte international a également permis aux autorités fédérales d'intervenir au-delà des engagements internationaux, à travers la LMI*. En réaction au refus de l'EEE, en s'inspirant du droit communautaire et en présentant la loi comme une réforme nécessaire dans le contexte international changeant (cf. ci-dessus, partie 2.3.2), la Confédération arrivait à étendre son influence dans un domaine politique dans lequel elle n'était traditionnellement pas compétente. Cette intervention consistait notamment en *trois aspects qui dépassent la portée de l'AIMP*: premièrement, la LMI impose une libéralisation de tous les marchés publics, même en-dessous des valeurs-seuils du GATT, pour les cantons et les communes ; deuxièmement, cette loi permet le recours juridique contre toute législation et décision cantonale discriminatoire ; et troisièmement, elle institue en la Commission de la concurrence (COMCO) une autorité de surveillance *fédérale* de l'application de la LMI. En adoptant ces dispositions, la Confédération a clairement renforcé son rôle et son importance dans le domaine des marchés publics cantonaux.

Néanmoins, *le renforcement de la Confédération doit être nuancé*. Les cantons ont réussi à limiter continuellement la portée de la LMI par rapport aux avant-projets élaborés par la commission d'étude. Ces avant-projets prévoyaient par exemple que le Conseil fédéral puisse fixer des valeurs-seuils de publication (EVD 1993), ce qui a été supprimé du projet lors des négociations entre CdC et Confédération. De même, les auteurs de l'avant-projet voulaient introduire une disposition qui aurait obligé les tribunaux à entendre la COMCO en cas de litige. Cette obligation a été supprimée du projet et transformée en pure possibilité (Cottier et Wagner 1995 : 1590). Enfin, le parlement a introduit à la demande des cantons une formulation qui mentionne la primauté du droit intercantonal et cantonal sous condition que ce

⁴⁶ En vue de l'EEE et du GATT, des juristes spécialisés ont ouvertement abordé dans la littérature la question de savoir si la répartition des compétences devrait vraiment être maintenue dans la transposition du droit international: "Le Conseil fédéral s'est engagé, de manière générale, à respecter la répartition actuelle des compétences. Toutefois, dans le domaine des marchés publics cantonaux et communaux, la question se pose de savoir si, pour différentes raisons [...], la Confédération ne devrait pas s'écarter de ce principe. [...] l'élaboration de lois modèles serait souhaitable. [...] [Ce procédé] permettrait de venir en aide aux cantons ne disposant pas des moyens nécessaires pour s'acquitter de leur devoir de transposition." (Maugé 1992: 53ss).

3. La libéralisation imposée "d'en haut" – les cantons entre coopération et confrontation

dernier est conforme à la LMI (Cottier et Wagner 1995: 1584)⁴⁷. Ainsi, la LMI a été en partie amputée de son importance et la Confédération n'a à ce jour que peu de moyens pour contrôler et assurer le respect de cette loi (OPCA 2002). Au niveau de l'AIMP, les cantons ont également réussi à contrer en partie la pression fédérale. Ils ont certes réagi à la pression en adoptant rapidement cet accord, mais ils ont limité leur action aux exigences minimales du GATT, en préservant l'autonomie cantonale pour la réglementation des marchés en dessous des valeurs-seuils du GPA et pour l'adoption des dispositions de procédure.

L'hypothèse H1 sur le renforcement du gouvernement central est donc bien confirmée, *mais il convient également de constater la stabilité des institutions traditionnelles du fédéralisme qui ont permis aux cantons de limiter ce renforcement et de regagner du pouvoir*. Les chapitres ultérieurs de ce mémoire permettront également de mettre en évidence ce regain de pouvoir, d'un côté dans les réformes législatives cantonales et, de l'autre côté, dans la mise en œuvre concrète des nouvelles dispositions fédérales, intercantionales et cantonales.

3.4 Conclusions du chapitre 3

Notre analyse a permis de mettre en évidence que l'internationalisation de la politique des marchés publics a *renforcé le pouvoir de la Confédération par rapport aux cantons même au-delà du processus de négociation, dans la transposition des accords et dans la réforme domestique*. La Confédération gagnait une nouvelle capacité d'intervention dans un domaine de réglementation des cantons et d'influence sur le rythme des réformes au niveau intercantonal. Nos résultats montrent aussi que cette internationalisation a conduit à un *renforcement de la coopération horizontale* entre les cantons. Toutefois, la *coopération verticale* entre Confédération et cantons restait faible pendant le processus d'adaptation. Alors que la coopération horizontale était en partie une réaction quasi-fonctionnelle et traditionnelle (H2a) à un besoin accru d'harmonisation et en partie une réaction stratégique destinée à contrer l'intervention fédérale dans le droit (inter-)cantonal (H2b), la quasi-absence de coopération verticale résultait du fait que la Confé-

⁴⁷ C'est notamment cette concession qui explique que les cantons n'ont pas poursuivi leur menace de référendum.

3. La libéralisation imposée "d'en haut" – les cantons entre coopération et confrontation

dération a adopté envers les cantons une stratégie plutôt basée sur la confrontation que sur la coopération (H2b). Nos résultats permettent d'affiner le cadre analytique de Börzel (2002: 40) qui visait à expliquer la stratégie adaptative des entités sub-nationales uniquement par la tradition institutionnelle. En effet, il apparaît que *les stratégies des acteurs nationaux ne sont pas entièrement déterminées par la culture institutionnelle et qu'ils peuvent s'écarter des pratiques habituelles, notamment dans le contexte d'un environnement international en changement*. Ainsi, le Conseil fédéral s'est explicitement appuyé sur une *nouvelle* interprétation de la base constitutionnelle pour l'adoption de la LMI, en s'écartant délibérément de l'interprétation jurisprudentielle traditionnelle. Notre analyse met ainsi en évidence l'importance non seulement du cadre institutionnel, mais aussi des stratégies concrètes adoptées par les acteurs domestiques. D'autres études d'eupéanisation récentes ont également confirmé l'importance de cette "variable stratégique" pour expliquer les réformes nationales (Fischer et al. 2002).

Börzel (2002) affirme que les stratégies d'ajustement basées davantage sur la confrontation que sur la coopération ne peuvent durer sur le long terme, car les coûts d'adaptation découlant de la confrontation et de la non-coordination sont trop élevés. Dans une certaine mesure, *une telle évolution vers la coopération s'est également produite dans le processus de libéralisation des marchés publics en Suisse*⁴⁸. Après l'expérience des négociations EEE, les cantons et la Confédération ont continuellement préconisé l'intensification de la coopération horizontale et verticale, afin de préserver au mieux l'équilibre de pouvoir interne⁴⁹ et pour des raisons d'efficience.

⁴⁸ Comme illustration des coûts engendrés par la non-coordination, mentionnons les nombreuses incohérences entre les législations fédérales et intercantionales sur les marchés publics (LMI, LMP, AIMP), notamment par rapport à l'exigence de réciprocité, les exigences de publication, la protection juridique ou le principe de provenance (pour plus de détails, voir Zufferey et al. 2002). Les problèmes d'interprétation et de mise en œuvre que ces incohérences ont provoqués rendent l'application efficace du nouveau droit plus difficile.

⁴⁹ Dans une étude de la CdC sur les conséquences d'une adhésion de la Suisse à l'UE sur les cantons, Sturny (2001) affirme que les cantons devraient se préparer et se coordonner entre eux et avec la Confédération, afin d'éviter que cette dernière utilise la "communautarisation" des compétences pour intervenir sur l'autonomie cantonale. Il réclame même la création d'une commission de coordination des compétences pour la collaboration verticale.

3. La libéralisation imposée "d'en haut" – les cantons entre coopération et confrontation

Dans les réformes récentes du droit des marchés publics, on observe une *coopération verticale et horizontale accrue*, ce qui indique que les acteurs ont subi un certain processus d'apprentissage depuis l'adaptation plutôt "douloureuse" du début des années 90. Les négociations des accords bilatéraux constituent un premier exemple de coopération verticale accrue. Contrairement aux négociations de l'EEE, une organisation d'accompagnement de la CdC, composée principalement de Conseillers d'Etat, de hauts fonctionnaires et de représentants des Conférences des directeurs cantonaux, était associée étroitement au processus et deux représentants des cantons ont pu participer directement aux négociations à Bruxelles (Schnellmann 2000). La nouvelle Loi sur la participation des cantons à la politique extérieure de la Confédération du 22 décembre 1999⁵⁰ a contribué à intensifier cette collaboration⁵¹.

La coopération verticale s'est aussi développée au sein de la Commission Marchés publics Cantons et Confédération (CMCC). Sachant que l'UE allait demander un renforcement considérable de la surveillance indépendante dans les négociations bilatérales, le Conseil fédéral a, en 1995, créé cet organe qui réunit des représentants fédéraux et cantonaux du domaine des marchés publics. La tâche principale de la CMCC est de garantir le respect des engagements internationaux de la Suisse, mais elle sert aussi de forum de discussion et d'échange ainsi que de lieu de préparation de la position suisse dans les négociations internationales. Avec l'adoption de l'accord bilatéral entre la Suisse et l'UE sur certains aspects du droit des marchés publics, les compétences de la CMCC ont été renforcées dans le sens qu'elle peut en dernière instance porter plainte contre des violations du droit international (Schnellmann 2000). De même, la Confédération, les cantons et le Liechtenstein collaborent au sein du Forum Marchés publics de la DTAP, un

⁵⁰ RS 138.1

⁵¹ Des études comparatives internationales sur l'eupéanisation des systèmes fédéralistes ont également mis en évidence des processus de reconfiguration des structures de gouvernance domestiques. Les Länder allemands ont par exemple demandé le droit de participer aux décisions "européennes" dans la même mesure qu'ils participent à l'élaboration des politiques "traditionnelles" nationales (Jeffery 1997: 216).

3. La libéralisation imposée "d'en haut" – les cantons entre coopération et confrontation

organe de discussion et d'échange concernant les problèmes pratiques, de jurisprudence, de formation, etc.

Par ailleurs, la coopération, notamment horizontale, mais aussi verticale, s'est intensifiée au niveau de l'association simap.ch qui a été créée à l'initiative de Genève et Vaud et qui a mis en fonction en novembre 2002 un site Internet qui devrait centraliser à terme l'ensemble des appels d'offres des cantons et de la Confédération et permettre de développer le e-procurement en Suisse. Finalement, les cantons ont fait preuve de volonté de coopération dans la révision de l'AIMP de 2001. Le nouvel accord intègre notamment les dispositions de l'accord bilatéral et fixe des valeurs-seuils maximales inférieures aux seuils du GATT. Ainsi, les cantons progressent dans la mise en œuvre de la LMI au niveau de l'AIMP. Ils ont cependant refusé une harmonisation complète des valeurs-seuils et des procédures, afin de garder une autonomie relativement large dans la réglementation du domaine, ce qui montre que le sujet conserve un caractère saillant (Ganz 2001).

Cette évolution de la coopération horizontale et verticale indique que les acteurs cantonaux et fédéraux subissent un processus d'apprentissage concernant l'internationalisation des domaines de compétence cantonale. L'ouverture des marchés publics cantonaux au début des années 1990 a soulevé pour la première fois le problème de la répartition des compétences dans un contexte internationalisé. Au vu des évolutions récentes, on peut faire l'hypothèse qu'un tel processus d'ajustement s'opérerait aujourd'hui de manière moins conflictuelle que dans l'adoption de la LMI et de l'AIMP.

3.5 *Passage de transition*

Alors que le domaine des marchés publics est *aujourd'hui* caractérisé par une coopération verticale et horizontale importante, le processus d'ajustement a passé par une phase de conflit et de confrontation. La Confédération a réussi à imposer aux cantons l'adoption du GATT par une réforme "d'en haut" et même – à travers la LMI – l'ouverture généralisée des marchés publics cantonaux. Cependant, la LMI se limite à énoncer le principe de non discrimination et l'obligation de publier les marchés importants. De même, l'AIMP n'amène qu'une harmonisation "minimale"

3. La libéralisation imposée "d'en haut" – les cantons entre coopération et confrontation

sur la base du GATT et ne contient pas de dispositions de procédure. Les cantons ont donc gardé un pouvoir de réglementation important, notamment en ce qui concerne la "transposition" de la LMI.

Le caractère conflictuel du processus d'ouverture a eu tendance à stimuler des problèmes et divergences dans le processus d'adaptation des lois cantonales (chapitre 3) et dans la mise en œuvre des nouvelles dispositions (chapitre 4). En effet, ces deux phases sont restées presque entièrement sous le contrôle des cantons et leur ont permis de suivre les préférences cantonales propres. L'hétérogénéité fédéraliste a donc clairement pu réapparaître dans les phases subséquentes de l'ouverture des marchés publics. Tel est l'objet d'analyse des deux prochains chapitres.

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

Nous avons vu dans la première partie de notre analyse que la libéralisation internationale du domaine des marchés publics a conduit en Suisse à des jeux de pouvoir complexes entre la Confédération et les cantons, ainsi qu'entre les cantons eux-mêmes qui ont finalement adopté l'AIMP. En outre, elle a déclenché une *dynamique de création du marché intérieur suisse* – fortement poussée par la Confédération – qui a amené à l'inclusion du domaine des marchés publics dans la LMI. Ce processus d'adaptation "primaire" du droit fédéral et intercantonal au nouveau contexte international appelait un processus d'adaptation "secondaire" des législations cantonales à ce cadre juridique. Les cantons devaient non seulement adhérer à l'AIMP, mais aussi édicter des normes d'exécution cantonales et rendre leurs législations conformes à la LMI. Dans ce chapitre, nous tentons d'expliquer les divergences intercantionales que ce processus d'adaptation "secondaire" a produit.

L'existence de 26 cantons fortement différents sur un grand nombre de caractéristiques - telles que leur tradition d'ouverture envers l'extérieur, leurs institutions et la configuration des acteurs politiques cantonaux – fait de la Suisse un "laboratoire de comparaison" hautement intéressant. La recherche des facteurs principaux qui peuvent expliquer des différences intercantionales dans le processus d'adaptation est sans doute difficile, mais elle comporte un intérêt particulier si on veut juger de l'effet souvent redouté du fédéralisme sur la capacité d'adaptation de la Suisse aux pressions externes.

4.1 Cadre d'analyse et hypothèses

Le cadre conceptuel que proposent les auteurs de *l'europanisation* pour l'analyse du rythme et de l'étendue de l'adaptation des lois nationales aux directives européennes (cf. ci-dessus, chapitre 2) comporte certes une utilité pour l'analyse des législations cantonales. Cependant, la dynamique de réforme au niveau des cantons est devenue surtout fédéraliste après l'adoption de l'AIMP et notamment de la LMI en 1995. Nous pouvons donc faire appel à une littérature plus spécifique sur le *fédéralisme d'exécution suisse* afin d'identifier les variables importantes pour

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

la comparaison envisagée. Cette littérature, qui a été développée depuis les années 80 notamment dans le but d'évaluer l'impact de politiques publiques fédérales au niveau des cantons, s'attache à expliquer les différences cantonales dans la mise en oeuvre des politiques fédérales. Ces études focalisent soit sur les différences intercantionales dans les effets (outcomes⁵²) d'une politique (cf p.ex. Balthasar 1993 dans le domaine de la politique de l'énergie), soit elles considèrent les normes cantonales, les arrangements administratifs ou l'application pratique des normes (outputs⁵³) comme phénomène à expliquer (cf p.ex. Höpflinger et Wyss 1993 sur l'organisation communale de l'aide sociale). Comme nous focalisons dans ce chapitre sur l'adoption des législations cantonales suite à l'impulsion externe, nous nous situons plutôt dans la deuxième perspective, pour laquelle la littérature sur le fédéralisme d'exécution a identifié un *ensemble de variables qui permettent d'expliquer la variation intercantonale*. Kissling-Näf et Knoepfel (1992) citent principalement six (ensembles de) facteurs : 1) la densité normative de la réglementation (fédérale) qu'il s'agit de mettre en oeuvre, 2) le "facteur politique", c'est-à-dire la convergence des objectifs aux niveaux fédéral et cantonal, 3) l'arrangement, les préférences et les ressources des acteurs politiques et administratifs cantonaux, 4) l'arrangement, les préférences et les ressources des acteurs sociaux concernés, 5) le "professionnalisme" du personnel administratif cantonal, largement déterminé par les structures administratives en place (dotation en ressources), et 6) les processus d'apprentissage institutionnels, c'est-à-dire des réajustements continus de la réglementation à mettre en oeuvre. Les éléments clés de ce cadre d'analyse sont les préférences et les ressources des acteurs impliqués (les institutions sont considérées comme ressources et contraintes des acteurs) (cf. également pour une synthèse des facteurs explicatifs : Wälti et Kissling-Näf 1999).

Comme le premier facteur (densité normative de la réglementation à mettre en oeuvre) est dans notre cas constant pour l'ensemble des cantons (LMI et AIMP) et

⁵² Pour le cas des marchés publics, l'outcome correspond par exemple au pourcentage de marchés publics soumis aux règles de la concurrence, ou à l'évolution des prix que paient les autorités pour les achats publics.

⁵³ Pour le cas des marchés publics, l'output correspond surtout au contenu des lois cantonales adoptées et à l'application pratique de ces lois.

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

les facteurs 5 et 6 (structures administratives et processus d'apprentissage) expliquent plutôt l'application pratique du droit que la transposition législative, nous nous concentrons sur les préférences, ressources et stratégies des autorités cantonales et des principaux acteurs sociaux concernés ainsi que sur leurs moyens pour intervenir dans les processus de décision cantonaux.

La littérature comparative sur la mise en oeuvre cantonale a cependant *négligé jusqu'à présent la dimension internationale* qui potentiellement peut considérablement changer les conditions de mise en oeuvre cantonale. Dans le cas des marchés publics, tant l'AIMP que la LMI n'auraient probablement pas pu être adoptés sans la pression externe, car ils allaient à l'encontre de la volonté d'une partie des cantons (cf. ci-dessus, chapitre 2). On pourrait supposer à première vue que la surveillance fédérale de l'adaptation cantonale soit plus intense dans le domaine des marchés publics, parce que c'est le gouvernement central qui est responsable envers l'extérieur des engagements pris par la Suisse et parce que la Confédération a fait preuve d'une volonté d'ouverture intercantonale claire avec l'adoption de la LMI. Dans ce cas, il faudrait se poser la question de savoir dans quelle mesure une telle intervention au niveau de certains cantons devrait être explicitement prise en compte en tant que facteur explicatif propre dans l'analyse empirique des législations cantonales. Cependant, il s'avère que ce facteur n'a pas joué un grand rôle dans l'adaptation des législations cantonales en matière de marchés publics: une surveillance directe ne s'opère effectivement que dans une mesure très limitée. En ce qui concerne le GATT, les cantons sont responsables de transposer les obligations du GPA dans leurs lois et le seco ne peut qu'exercer une surveillance indirecte et plutôt symbolique, faisant preuve de l'attention qu'il porte à cet enjeu, en publiant par exemple des articles ou en commandant des études (cf. par exemple Wasescha 1996a, 1996b, Wasescha et Nell 2002, OPCA 2002). En ce qui concerne la mise en oeuvre de la LMI, nous avons vu dans le chapitre 2 que les cantons ont réussi à limiter considérablement le pouvoir de surveillance de la COMCO en tant qu'organe chargé de sa mise en oeuvre. Elle ne peut que faire des expertises de projets de lois non-contraignantes et même ceci uniquement si les cantons concernés lui mettent à disposition le projet en ques-

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

tion⁵⁴. Même pour la surveillance de la mise en œuvre de la LMI, la Confédération est donc en grande partie contrainte à opérer avec des instruments très "soft" de publicité et d'expertise (cf. par exemple Schaller 2001, von Büren 2001). Cet exemple montre que le cadre "traditionnel" du fédéralisme d'exécution est largement applicable au domaine des marchés publics et que l'action de surveillance de la part de la Confédération ne doit pas être prise en compte comme facteur explicatif particulier.

Nous analysons les facteurs qui peuvent expliquer les différents "degrés d'ouverture" adoptés par les cantons. Pour désigner l'ouverture du marché cantonal telle que définie dans les lois cantonales, nous utilisons le concept de *l'ouverture normative* (par opposition à *l'ouverture effective*, cf. chapitre 4 ci-dessous) basé sur le contenu de la réglementation cantonale (valeurs-seuils et le délai d'adaptation). Les hypothèses que nous testons sont les suivantes:

H3: La "préférence cantonale" vis-à-vis de l'ouverture des marchés publics influence le degré d'ouverture normative.

Nous identifions *deux dimensions* du concept de préférence cantonale. D'un côté, elle désigne *l'orientation générale du canton envers l'ouverture des marchés*, que ce soit dans le cas précis des marchés publics ou par rapport à la libéralisation économique en général. Nous postulons que les cantons qui ont une attitude généralement favorable à l'ouverture économique sur l'extérieur et qui ont déjà avant le milieu des années 1990 introduit des mesures visant à libéraliser les marchés publics vont adopter une libéralisation plus poussée que les autres cantons. De l'autre côté, la préférence cantonale fait appel à la *préférence du gouvernement en question*. Un gouvernement composé de membres qui sont favorable à la création du marché intérieur utilisera le "levier" de la pression externe pour tenter d'imposer une ouverture normative poussée contre les opposants cantonaux. Les deux dimensions sont exprimées dans les deux sous-hypothèses suivantes qui vont guider notre analyse:

⁵⁴ De telles expertises n'ont eu lieu que pour un nombre très restreint de cantons, notamment les cantons de Uri, Neuchâtel et Bâle-Campagne, ainsi que pour le projet de révision de l'AIMP 2001.

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

H3a: Les cantons avec une tradition d'ouverture importante adoptent une ouverture normative plus grande.

H3b: La préférence du gouvernement cantonal influence le degré d'ouverture normative. Le degré d'ouverture sera plus élevé dans les cantons dont le gouvernement est favorable à une libéralisation des marchés publics.

Alors que l'hypothèse 3 focalise sur le rôle du gouvernement comme facteur explicatif, l'hypothèse 4 porte sur *la force des principaux milieux concernés* (ou "menacés") par la réforme qui sont susceptibles d'intervenir dans le processus de décision, soit les milieux économiques (notamment de la construction).

H4: la force des acteurs économiques influence le degré d'ouverture normative.

Le concept de "force" de ces acteurs comprend leur poids économique (et politique) (H4a) et leurs moyens d'action (H4b). En ce qui concerne le *poids économique*, nous supposons que dans les cantons où le secteur de la construction représente une part importante de l'économie et des emplois, ces acteurs disposent de plus de ressources et arrivent mieux à empêcher une libéralisation massive⁵⁵. Il en découle l'hypothèse H4a:

H4a: Le poids des acteurs économiques dans le canton influence le degré d'ouverture normative. Le degré d'ouverture sera moins élevé dans les cantons où les acteurs économiques sont importants.

La force des acteurs économiques ne dépend pourtant pas seulement de leur poids dans l'économie cantonale, mais aussi de leurs *moyens d'action*. L'accès au processus politique peut s'avérer plus difficile dans certains cantons que dans d'autres. Les moyens d'intervention sont par exemple considérablement réduits si le gouvernement cantonal dispose d'une compétence étendue de réglementation par ordonnance. Si tel est le cas, les nouvelles dispositions sont largement sous-

⁵⁵ Etant donné que la LMI interdit le principe de réciprocité, les entreprises ont toutes – indépendamment de leur taille – un intérêt à défendre la fermeture de leur propre marché cantonal et à exiger l'ouverture des autres marchés cantonaux (pour plus de détails, cf. la partie 3.4.1. ci-dessous).

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

traites à l'arène parlementaire où les opposants pourraient le plus facilement intervenir à travers les partis politiques et – indirectement – les associations économiques. Nous testons donc également l'hypothèse suivante:

H4b: L'ouverture normative sera moins prononcée dans les cantons avec un système politique ouvert, c'est-à-dire où les opposants peuvent intervenir plus facilement dans le processus de réforme que dans les cantons où ce processus est plus fermé.

Dans la perspective d'une internationalisation croissante des politiques, il est crucial de connaître les facteurs qui expliquent les divergences dans l'adaptation des lois dans la perspective d'une internationalisation croissante des politiques. Le système politique suisse sera de plus en plus confronté à des réformes politiques (co-)déterminées au niveau supérieur. Selon le degré d'hétérogénéité "admissible" entre les cantons, la Confédération ou les organes intercantonaux seront appelés à favoriser un processus d'harmonisation plus ou moins poussé. Pour atteindre ce degré d'harmonisation "souhaité", il est alors indispensable de savoir s'il vaut mieux agir sur les gouvernements en les convaincant et en augmentant la surveillance ou s'il faut admettre que les gouvernements cantonaux sont finalement peu maîtres de l'adaptation cantonale parce qu'ils rencontrent un contexte politique interne qui s'avère plus important pour le résultat final du processus de décision que leurs propres préférences. Dans un tel deuxième cas, la surveillance des gouvernements cantonaux serait peu utile et seule une centralisation intercantonale ou fédérale permettrait d'atteindre l'harmonisation. Notre analyse du cas des marchés publics permet quelques conclusions sur l'importance relative de ces facteurs. Nous ne prétendons pas que le cas des marchés publics est généralisable à tout autre domaine politique, mais il constitue un cas-test en la matière.

4.2 Méthode d'analyse et données

Le test de nos hypothèses sur les facteurs explicatifs des degrés d'ouverture cantonaux implique un *choix méthodologique difficile*: Une limitation à quelques cantons sélectionnés permettrait la reconstruction détaillée des processus de réforme et une compréhension très poussée des déterminants des réformes pour ces cas particuliers. Cependant, la généralisation des résultats à l'ensemble des

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

cantons deviendrait une tâche très délicate. L'inclusion de la totalité des 26 cantons dans l'analyse, par contre, donne une image beaucoup plus complète et permet de tester de manière plus systématique les hypothèses énoncées. En même temps, cette deuxième approche pose des contraintes plus lourdes quant à la quantité d'information qui peut être traitée en imposant le choix d'indicateurs qui ne captent qu'une partie du phénomène à analyser et dont la capacité explicative doit donc être interprétée avec prudence. En privilégiant néanmoins cette deuxième approche, nous allons dans ce chapitre du travail analyser les divergences cantonales à l'aide d'une analyse statistique, afin de qualifier l'ensemble des réformes cantonales selon quelques indicateurs systématiques. Ceci permet également d'en présenter une image globale qui fait à l'heure actuelle défaut dans la littérature.

Des régressions bivariées nous permettront de tester successivement les hypothèses énoncées avant de confronter les variables explicatives les unes aux autres dans une analyse multivariée (régression multiple). Cette démarche méthodologique exige une présentation claire de l'opérationnalisation des variables prises en compte ainsi que des sources de données utilisées et une discussion nuancée et prudente des résultats. Nous allons dans le paragraphe suivant expliquer *la mesure du concept de l'ouverture normative* (variable dépendante). L'opérationnalisation des différentes variables indépendantes, par contre, sera présentée successivement dans la suite du texte.

L'indicateur de l'ouverture normative doit rendre compte de la mesure dans laquelle le canton a voulu ouvrir ses marchés publics à la concurrence intercantonale et internationale. Nous focalisons pour cela sur le *niveau des valeurs-seuils du marché intérieur*. Les valeurs-seuils imposés par la GPA sont moins pertinentes, parce qu'elles sont très élevées comparé à la valeur moyenne des marchés publics cantonaux. Selon l'estimation d'experts, seulement 5% environ du nombre total des adjudications cantonales tombent sous l'effet du GPA⁵⁶. Pour répondre aux exigences de la LMI, les cantons ont donc été obligés d'adopter des seuils inférieurs, au-dessus desquels les marchés de travaux, de fournitures et services

⁵⁶ Entretien VI, annexe 1. En termes de valeur totale des adjudications, ces marchés représentent par contre une proportion bien plus élevée. Cf. à ce sujet le chapitre 4 ci-dessous.

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

doivent en général être publiés et adjugés selon les procédures spécifiques (ouverte/sélective ou sur invitation, cf. ci-dessus p. 17). C'est le niveau de ces valeurs-seuils qui détermine largement le pourcentage des marchés cantonaux qui sont soumis aux règles de la concurrence. Dans ce sens, ce chiffre est sans doute l'indicateur le plus pertinent du niveau d'ouverture que les autorités cantonales ont voulu atteindre. Il est aussi l'indicateur le plus visible et le plus débattu dans les processus cantonaux de réforme, comme le témoignent les personnes interviewées⁵⁷ et les échos dans la presse⁵⁸.

Or, l'opérationnalisation de l'ouverture normative au moyen des valeurs-seuils cantonaux soulève la question difficile de savoir s'il faut prendre la valeur absolue, "brute", des seuils adoptés dans les cantons (cf. annexe 2) ou s'il est nécessaire de les pondérer par la taille économique des cantons pour arriver à un indicateur pertinent de l'ouverture visée par un certain niveau des valeurs seuils. En d'autres termes, il s'agit d'évaluer si les marchés publics des petits cantons économiquement plus faibles sont généralement d'une valeur inférieure aux marchés publics des grands cantons économiquement forts⁵⁹. Et si tel était le cas, il se pose en plus la question de savoir si les autorités cantonales sont conscientes de l'effet de la capacité financière de leur canton sur le niveau de concurrence qui résulte d'un certain niveau des valeurs-seuils et s'ils ont donc pris en compte ce facteur dans l'élaboration des lois cantonales.

Plusieurs arguments supportent tant la solution de prendre les seuils "bruts" que celle de les pondérer. D'un côté, il n'a jamais été question au niveau international (de même que dans les Directives d'adjudication de la DTAP de 1995) d'adopter des seuils variables en fonction de la taille des pays signataires et il est vrai que même les petits pays et les petits cantons suisses réalisent de grands projets, notamment dans la construction. Ces arguments nous conduiraient à analyser

⁵⁷ Entretiens I, II, III, IV, VI, cf. annexe 1.

⁵⁸ Par exemple: "Ouverture des marchés publics: on peut faire mieux", *le Courrier* du 14 juillet 2001 ou "Une loi d'ouverture des marchés protectionniste", *le Temps* du 25 février 2002.

⁵⁹ Cela signifie que si - pour donner un exemple fictif - Zurich et Uri adoptent un même seuil de 200'000 Francs au-dessus duquel les marchés de service doivent être publiés, cela peut très bien toucher 80% des adjudications zurichoises dans le domaine des services, alors que le même seuil ne soumettrait que 10% des marchés du canton d'Uri à la procédure ouverte.

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

l'influence des variables explicatives sur le niveau "brut" des seuils cantonaux (annexe 2). De l'autre côté, on trouve également l'argument inverse dans la littérature, qui dit que les régions périphériques et les petits cantons ont besoin de valeurs-seuils plus bas que les grands cantons et agglomérations pour atteindre une véritable concurrence sur une partie significative des marchés publics à adjudger. C'est notamment lors des débats au sein de la DTAP concernant le niveau des valeurs-seuils intercantonaux à déterminer pour la version révisée de l'AIMP que les petits cantons de Suisse centrale et orientale ont plaidé pour des seuils inférieurs à ceux qui ont finalement été adoptés (Cramer 2002: 83)⁶⁰. Cette intervention des petits cantons montre aussi que les autorités cantonales sont conscientes d'un (éventuel ou réel) effet de la capacité économique sur le degré de concurrence à un niveau de seuil donné. Finalement, les débats au sein de la DTAP ont amené à une disposition de compromis selon laquelle les valeurs-seuils de l'AIMP révisé ne constituent que des limites maximales. Les cantons sont donc libres de les abaisser selon leurs préférences et leurs conditions particulières sans pourtant pouvoir exiger la réciprocité.

Il s'avère donc difficile de déterminer laquelle des opérationnalisations de l'ouverture normative (basée sur les seuils bruts ou sur les seuils pondérés) est plus pertinente. En outre, si on décide de pondérer les seuils, il faut se *demander si l'effet de la taille économique s'applique à tous les trois types de marché (construction, services, fournitures)*. On peut argumenter que la valeur des marchés publics de service et de fournitures est plus sensible à la capacité économique d'un canton que celle des travaux de construction, car même les petits cantons ont des projets de construction d'une ampleur similaire à ceux des grands cantons. Ceci nous amènerait à introduire une *pondération uniquement sur les valeurs-seuils*

⁶⁰ "Bei den maximalen Schwellenwerten des Binnenmarktes gemäss IVöB wird nämlich ausser acht gelassen, dass die wirtschaftlichen und strukturellen Gegebenheiten verschiedener Randregionen nicht mit jenen der Grossagglomerationen vergleichbar sind. [...] Damit die viel beschworene Oeffnung der Märkte und Stärkung des Wettbewerbes auch in den wirtschaftlich schwächeren Regionen überhaupt zum Tragen kommen kann, braucht es Schwellenwerte, die besser auf die konkreten Verhältnisse abgestimmt sind. Zu hoch festgesetzte Schwellenwerte reduzieren nämlich die Zahl der Aufträge, die unter Wettbewerbsbedingungen vergeben werden können." (Cramer 2002: 83).

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

applicables aux marchés de fournitures et de service, mais non pas à celles qui concernent la construction.

En vue de ces arguments, il paraît très difficile, voire impossible, de déterminer la "bonne" opérationnalisation de l'ouverture normative. *Nous avons pris la décision de privilégier dans cette analyse l'indicateur basé sur une agrégation de l'ensemble des seuils pondérés par un indicateur du poids économique d'un canton* (en l'occurrence les dépenses totales annuelles), parce qu'il nous semble qu'il reflète le mieux l'encouragement réel de la concurrence qu'a voulu atteindre le législateur cantonal. En outre, le fait que plusieurs cantons ont adopté des seuils nettement distincts de ceux proposés dans les Directives d'adjudication de 1995 indique que les autorités cantonales sont conscientes que l'effet du niveau de seuil dépend du contexte spécifique.

Néanmoins, nous restons conscients que le *choix d'un indicateur est difficile et délicat*, notamment parce que les résultats des analyses en dépendent fortement. Pour cette raison, nous avons effectué les analyses également avec la variable dépendante non pondérée et avec une variable dépendante pour laquelle seulement les valeurs-seuils applicables aux marchés de service et de fournitures ont été pondérés. Il s'agit de noter aussi que les trois variables sont *fortement corrélées entre elles*⁶¹. L'utilisation de l'une ou de l'autre ne modifie donc pas complètement l'image concernant l'ouverture des cantons. Pour des raisons de place, *les résultats de ces deux autres séries d'analyse sont présentés et très brièvement discutés en annexe à ce travail* (cf. annexe 3). Alors que les résultats restent largement similaires pour la variable dépendante pour laquelle la pondération a uniquement été appliquée sur les marchés de fournitures et de service, ils diver-

⁶¹ En effet, les deux indicateurs (pondéré et non pondéré) sont étroitement corrélés ($r = 0,66$), ce qui se confirme si on regarde les changements de rangs des cantons selon les deux critères: les "sauts" de plus de 10 rangs d'une échelle à l'autre sont rares: seulement cinq cantons changent de 10 rangs ou plus après la transformation: AI, SZ, AR, NW et OW. Ces cantons se situent dans la moyenne en ce qui concerne les seuils non pondérés, mais apparaissent beaucoup plus "fermés" quand on prend en considération leur poids économique relativement faible. L'indicateur basé sur les seuils "construction" bruts et les seuils "fournitures et services" pondérés est également fortement corrélé avec les deux autres indicateurs ($r = 0,971$ avec l'indicateur pondéré et $r = 0,712$ avec l'indicateur non pondéré).

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

gent fortement en ce qui concerne la variable dépendante non pondérée (entre autres pour des raisons "techniques" liées à une variation insuffisante de la variable dépendante).

Dans la discussion subséquente de nos résultats, il convient de garder à l'esprit ces difficultés d'opérationnalisation et de lire par conséquent les résultats obtenus avec prudence.

Nous poursuivons donc l'analyse avec l'indicateur de l'ouverture normative basé sur les valeurs-seuils pondérées.

Détails de l'opérationnalisation:

OUVERTURE-SEUILS = moyenne des 6 valeurs-seuils cantonales standardisées et pondérées par les dépenses totales annuelles du canton. A l'état brut des données, Genève semble être un outlier, notamment sur la valeur-seuil concernant la procédure ouverte dans la construction (cf. annexe 2). La pondération relativise cet écart. Sur l'indicateur pondéré, Genève n'est plus un outlier, comparé aux autres cantons d'une importance économique similaire, les marchés genevois restent cependant très fermés.

Comme Uri et Appenzel Rhodes-Intérieurs ont des marchés nettement plus fermés que les autres cantons, il s'est posé la question de les exclure de l'analyse statistique en tant que outliers. Cependant, nous avons effectué les calculs sans ces cantons et les résultats restent dans une très large mesure les mêmes. Nous les incluons donc dans l'analyse présentée ici.

Pour des fins de présentation, la variable a également été *catégorisée* de la manière suivante:

OUVERTURE-SEUILS < -0.5: "ouverture élevée"

-0,5 < OUVERTURE-SEUILS < 0: "ouverture moyenne"

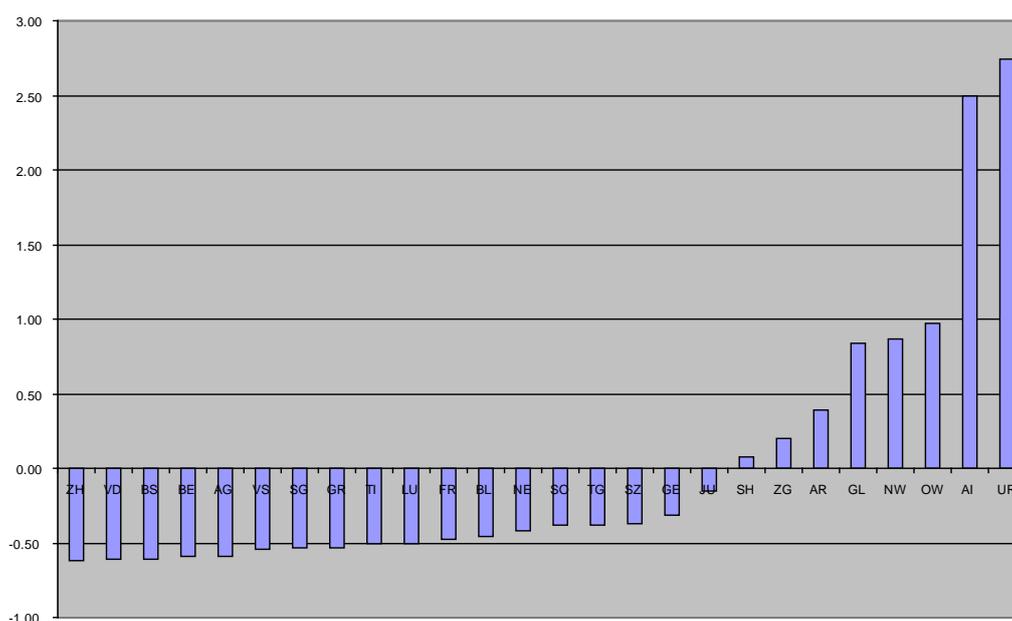
OUVERTURE-SEUILS > 0: "ouverture faible"

Source: lois cantonales, vérification par des questionnaires (cf. annexe 4)

Les cantons sont distribués de la manière suivante sur cet indicateur de l'ouverture normative.

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

Graphique 1: Ouverture normative des marchés publics



Le tableau révèle des différences importantes dans cette mesure de l'ouverture normative des cantons. L'évolution de l'ouverture du canton le plus libéralisé (ZH) au canton le plus fermé (UR) est continue jusqu'à un certain niveau au-dessus duquel la "fermeture" augmente très rapidement (à partir de GL). On constate également que les petits cantons ont en général des marchés plutôt fermés, c'est-à-dire que leurs seuils sont élevés comparé à l'importance économique du canton.

D'autres indicateurs de l'ouverture normative sont également envisageables pour mesurer la volonté du législateur d'ouvrir les marchés cantonaux. Nous avons pris en considération *deux indicateurs additionnels*: a) *l'endroit où les offres sont publiés* et b) *le délai d'adaptation de la législation cantonale*. Nous partons de l'idée que si une publication des appels d'offres est exigée dans la Feuille suisse du commerce, le marché cantonal devient plus visible et donc plus accessible pour les soumissionnaires extérieurs que si la publication a lieu uniquement dans la feuille

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

cantonale. En ce qui concerne l'indicateur basé sur le délai, nous estimons que le nombre d'années qu'un canton laisse passer avant de mettre en vigueur les nouvelles normes pour le marché intérieur indique également la volonté plus ou moins grande d'ouvrir le marché à la concurrence.

Détails de l'opérationnalisation

OUVERTURE-PUBLICATION : *variable catégorielle* qui prend les valeurs suivantes: 1= publication uniquement dans la feuille cantonale; 2= publication "au moins" dans la feuille cantonale, pouvoir discrétionnaire de l'entité adjudicatrice de publier aussi au niveau fédéral ou non; 3= publication dans la feuille cantonale ainsi que dans la FOSC, mais ceci uniquement pour les marchés qui tombent sous l'accord du GATT; 4= Publication obligatoire dans la feuille cantonale et dans la FOSC.

Pour les besoins de l'analyse, cette variable a été *dichotomisée*: 0 = catégories 3 et 4; 1 = catégories 1 et 2.

OUVERTURE-DELAI: variable continue. Ecart entre 1995 et l'année où les valeurs-seuils du marché intérieur ont été mises en vigueur dans le canton. A des fins de présentation, cette variable a été catégorisée (cf tableau 5 ci-dessous).

Source: lois cantonales, vérification par des questionnaires (cf. annexe 4)

La répartition des cantons sur la variable OUVERTURE-PUBLICATION montre que seul le canton de Fribourg exige systématiquement la publication tant au niveau cantonal qu'au niveau fédéral et que cinq cantons publient leurs marchés uniquement dans le bulletin officiel cantonal⁶²:

⁶² Il est à noter qu'indépendamment des exigences légales cantonales, les cantons ont la possibilité de publier gratuitement un résumé de l'appel d'offres dans la FOSC sur la base d'un accord informel. Tous les cantons ne recourent cependant pas à cette possibilité.

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

Tableau 4: Dispositions cantonales de publication des marchés

	Publication uniquement dans la feuille cantonale	Publication "au moins" dans la feuille cantonale	Publication dans la feuille cantonale. Les marchés GATT sont en plus obligatoirement publiés dans la FOSC	Publication obligatoire dans la feuille cantonale et dans la FOSC
Nombre de cantons	5 (19%)	11 (42%)	9 (35%)	1 (4%)
Cantons	AI, OW, SG, TI, UR	AG, BE, GR, LU, NW, SH, SZ, TG, VS, ZH, GE	AR, BL, BS, GL, JU, SO, VD, ZG, NE	FR

Quant à l'indicateur OUVERTURE-DELAI, l'image est très hétérogène. Certains cantons qui ont déjà avant 1995 adopté des valeurs-seuils pour le marché intérieur ont pu les maintenir après l'adoption de la LMI, mais ils constituent une minorité. Sinon, la LMI (entrée en vigueur en 1996) a déclenché un long processus d'adaptation qui a duré jusqu'en 2001.

Tableau 5: Délai d'adaptation des cantons

	Adaptation précoce (92-96) ⁶³	Adaptation en temps 'moyen' (97-98)	Adaptation tardive (99-01)
Cantons (année de l'adaptation)	SZ (92); BS (94); BE, SO, UR, VD, ZG (tous 96)	AG, GL, TG, ZH (tous 97); GR, FR, SG, SH, VS, GE (tous 98)	BL, JU, LU, NE (tous 99); AR, OW (tous 00); AI, NW, TI (tous 01)

Ces deux indicateurs additionnels du niveau de la concurrence ne reflètent pourtant pas aussi directement le concept de l'ouverture normative que le niveau des seuils. En effet, ils risquent d'être influencés par un grand nombre d'autres facteurs tels que les traditions cantonales en matière de transparence pour ce qui est de la publication ou alors des obstacles procéduraux qui ralentissent le processus de réforme en ce qui concerne le délai d'adaptation. La validité ainsi relativisée de ces

⁶³ Il est problématique de parler d' "adaptation" pour les réformes des années 1992 et 1994 (SZ et BS). Néanmoins, nous intégrons ces dates dans l'analyse, parce que ces cantons ont adopté les valeurs-seuils à ce moment en vue des réformes de libéralisation en cours (notamment au niveau international) et aussi parce qu'ils n'ont plus modifié ces seuils suite à l'adoption de la LMI et de l'AIMP.

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

deux mesures est confirmée aussi par le fait que *les trois indicateurs de l'ouverture normative présentés ne sont pas corrélés de manière importante entre eux*⁶⁴. Si les trois variables mesuraient la même chose, c'est-à-dire la volonté du législateur d'ouvrir les marchés cantonaux à la concurrence, ils devraient pourtant être fortement liés. Néanmoins, il y a des cas comme Zoug ou Uri qui même s'ils adaptent tôt leurs lois, introduisent des barrières élevées ou – inversement – des cas comme Neuchâtel ou le Tessin qui n'adaptent que tardivement leur législation mais dans un sens assez libéral. Ces cas "tardifs et libéraux" ne peuvent que partiellement être expliqués par des obstacles institutionnels spécifiques au canton – telles que des votations populaires - qui retarderaient l'adoption de la loi (p.ex. aux Grisons ou à St. Gall). En effet, nous connaissons aussi des contre-exemples comme Zoug ou Soleure qui ont eu des votations populaires sur le sujet des marchés publics et où les adaptations ont quand même eu lieu en 1996 déjà.

Seulement une analyse détaillée des processus de réforme dans chaque canton pourrait éclaircir les liens précis entre les trois variables. Comme nous ne disposons pas des ressources pour ce faire, *nous décidons d'accorder le plus de poids à l'indicateur basé sur les valeurs-seuils adoptées*. En effet, le niveau de ces seuils comparé à la taille économique d'un canton est la valeur la plus pertinente, parce qu'elle a les conséquences les plus directes sur le pourcentage de marchés soumis aux règles de la concurrence. Nous allons donc concentrer le test et la discussion des hypothèses sur ce premier indicateur et commenter de façon plutôt sommaire les résultats obtenus sur les deux autres variables dépendantes.

4.3 *L'impact de la préférence cantonale sur l'ouverture normative*

Nous avons défini deux indicateurs pour la préférence cantonale, soit d'un côté la tradition d'ouverture du canton (H3a) et de l'autre côté la préférence du gouvernement (H3b).

⁶⁴ Les coefficients de corrélation vont dans le sens attendu, mais ils sont faible:
OUVERTURE-SEUILS*OUVERTURE-PUBLICATION: $r=0.15$;
OUVERTURE-SEUILS*OUVERTURE-DELAI: $r=0.257$;
OUVERTURE-PUBLICATION*OUVERTURE-DELAI: $r=0.125$;

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

4.3.1 Le poids de la culture et du passé: l'importance de la tradition d'ouverture

Il est bien connu que les cantons n'ont pas tous la même attitude au sujet de l'ouverture économique vers l'extérieur. Ceci se manifeste d'un côté dans des votations fédérales, mais aussi dans les politiques concrètes mises en place par les cantons. Nous considérons donc deux mesures pour la tradition d'ouverture comme facteur explicatif de l'ouverture normative des marchés publics.

Premièrement, le résultat du vote à l'Espace économique européen (EEE) du 6 décembre 1992 montre de fortes divergences entre les cantons au niveau de la "culture d'ouverture". L'analyse VOX de ces résultats (Kriesi et al. 1993) a montré que le rejet massif dans certains cantons s'explique en grande partie par des sentiments diffus de repli et par la crainte de conséquences économiques peu prévisibles. Nous faisons l'hypothèse qu'un canton qui rejette nettement l'EEE est également réticent envers la libéralisation des marchés publics. Un lien négatif entre le taux d'acceptation de l'EEE et l'ouverture normative en matière des marchés publics indiquerait donc que cette culture cantonale spécifique pèse effectivement sur le degré de libéralisation adopté.

Détails de l'opérationnalisation

ACCEPTATION-EEE: taux d'acceptation dans la votation populaire sur l'adhésion de la Suisse à l'EEE du 6 décembre 1992

Source: analyse VOX (Kriesi et al. 1993)

Un deuxième indicateur peut-être même plus précis de la tradition d'ouverture est *le nombre de conventions de réciprocité en matière de marchés publics qu'un canton a conclu avec d'autres cantons avant l'entrée en vigueur du GPA et de la LMI*. En effet, déjà dans la phase de négociation du GPA, certains cantons ont conclu des conventions de non-discrimination avec d'autres cantons pour faciliter l'accès mutuel aux marchés. Nous faisons l'hypothèse qu'un canton qui a conclu un nombre élevé de telles conventions sera moins réticent à suivre les consignes internationales et fédérales qui imposent l'ouverture. Il s'agit là de l'argument

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

théorique de la "path-dependency", qui veut qu'un choix institutionnel pré-conditionne en grande partie les choix politiques ultérieurs.

Détails de l'opérationnalisation

NOMBRE-TRAITES: nombre de conventions de réciprocité sur les marchés publics qu'un canton avait signé en 1996.

Source: Galli 1996: 34;

Tableau 6: Nombre de conventions de réciprocité en 1996⁶⁵

	Canton(s)
0 – 4	GL, GR, NW, OW, TI, UR, SH, LU
5 – 7	JU, AI, FR, GE, NE, VD, VS, BS, BL, SO, ZH
> 7	SG, TG, SZ, ZG, AR, BE, AG

Le nombre de tels traités diverge fortement d'un canton à l'autre. Des *phénomènes régionalistes* ont certes contribué à cette hétérogénéité, dans le sens que les cantons romands ont par exemple souvent conclu des traités entre eux (ils se situent presque tous dans la même catégorie). Cependant, le phénomène régionaliste *n'explique pas toutes les configurations*. Schwyz, par exemple, a conclu huit conventions, alors que Nidwald et Obwald – également des cantons de Suisse centrale – n'en avaient aucune. La *situation géographique* – limitrophe ou non – du canton ne semble pas non plus coïncider avec le nombre de traités, car des cantons comme Schwyz ou Berne sont parmi les plus "ouverts" sur cet indicateur, alors qu'ils ne partagent pas de frontière avec l'étranger. Il semble donc que le nombre de traités soit également lié à d'autres facteurs, tels que la volonté de gouvernements antérieurs (en général compétent pour la conclusion des affaires

⁶⁵ Ce tableau ne contient que trois catégories pour alléger la présentation. La variable NOMBRE-TRAITES prend par contre le nombre exact de traités comme valeur (variable continue).

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

"extérieures" telles que les traités) d'ouvrir les marchés ou des traditions de relations économiques entre certains cantons⁶⁶.

L'analyse bivariée de l'influence de ces deux indicateurs sur l'ouverture normative montre des résultats fort intéressants. Les deux coefficients de corrélation vont dans la direction de nos hypothèses et sont relativement élevés⁶⁷.

- ACCEPTATION-EEE —————> OUVERTURE-SEUILS: $r = -0.475$
Il semble que les cantons où la population a une attitude majoritairement fermée sur l'ouverture vers l'extérieur sont aussi ceux où les marchés restent le plus fermés. Le tableau croisé suivant montre ce résultat de manière plus détaillée:

⁶⁶ Il convient de noter que certains cantons (p.ex. ZH) ont pendant longtemps eu peu recours aux conventions de réciprocité, parce qu'ils les considéraient comme une alternative peu efficace et peu souhaitable à une véritable ouverture harmonisée (source: Dr. Herbert Lang, Baudirektion Zürich). Néanmoins, avant l'aboutissement de l'accord intercantonal, ils constituaient le seul moyen de libéralisation. On peut donc supposer qu'un gouvernement disposé à libéraliser ses marchés publics ait effectivement eu recours à cet instrument.

⁶⁷ Etant donné le nombre limité de cas, nous avons des attentes plutôt modestes par rapport au niveau des coefficients statistiques (r de Pearson). Les niveaux de significativité importent peu dans notre analyse comme nous incluons l'ensemble des cantons dans l'analyse et notre but n'est donc pas d'inférer à partir des résultats.

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

Tableau 7 : Lien entre le résultat de vote à l'EEE en % et l'ouverture normative

	taux d'acceptation de l'adhésion à l'EEE				TOTAL
	20-35%	35-50%	50-65%	65-80%	
ouverture élevée	GR	SG, TI, AG, BE, ZH	VS, BS	VD	9
ouverture moyenne	SZ	TG, LU, SO	FR, BL	NE, JU, GE	9
ouverture faible	UR, OW, AI, GL, NW	AR, SH, ZG			8
TOTAL	7	11	4	4	26

Le tableau illustre assez clairement que les cantons qui ont fortement rejeté l'EEE ont plus tendance à fermer leurs marchés publics que les cantons qui ont accepté l'EEE. Aucun des cantons qui ont dit oui à l'adhésion à l'EEE fait preuve d'une ouverture faible. Nous constatons donc que l'existence d'entités fédérées ayant leur propres traditions et cultures peut contribuer à une hétérogénéité dans la transposition des normes. Ce constat n'est en soi pas nouveau et une certaine hétérogénéité est une conséquence plutôt fonctionnelle que dysfonctionnelle du fédéralisme. L'hétérogénéité peut par contre constituer une dysfonction dans des politiques telles que la libéralisation des marchés publics qui reposent justement sur une homogénéisation des standards et procédures pour atteindre les objectifs.

- NOMBRE-TRAITES → OUVERTURE-SEUILS: $r = -0.385$
Le deuxième coefficient est aussi négatif, conformément à notre hypothèse. *Plus un canton a donc des conventions de réciprocité en matière de marchés publics, moins les valeurs-seuils seront élevées en moyenne, ce qui signifie que le marché sera plus ouvert.* L'argument de la "path-dependency" paraît pertinent.

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

Tableau 8 : Lien entre la tradition d'ouverture et l'ouverture normative

	peu de traités (0-4)	nombre moyen de traités (5-7)	beaucoup de traités (>7)	TOTAL
ouverture élevée	GR, TI	VD, VS, BS, ZH	SG, AG, BE	9
ouverture moyenne	LU	JU, FR, NE, GE, BL, SO	SZ, TG	9
ouverture faible	GL, NW, OW, UR, SH	AI	ZG, AR	8
TOTAL	8	11	7	26

Cinq des huit cantons avec peu de traités ne font preuve que d'une ouverture faible, alors que la tendance est inverse pour les catégories de cantons avec un nombre moyen et élevé de conventions de réciprocité. Néanmoins, quelques contre-exemples brouillent l'image. Les Grisons et le Tessin ont passé de peu d'ouverture à une libéralisation importante. Eventuellement, cela s'explique par le fait que ces régions plutôt périphériques en Suisse ont moins de concurrence à craindre. Il est difficile d'expliquer les cas de Zoug et Appenzell Rhodes-Extérieures qui ne continuent pas leur tradition d'ouverture. Il faut supposer que d'autres facteurs (actuels) sont intervenus dans ce résultat, tels que la préférence du gouvernement. L'argument de la "path-dependency" est également confirmé si on regarde le *lien entre le nombre de traités antérieurs et le délai d'adaptation (OUVERTURE-DELAÏ)*. Celui-ci est relativement fort ($r = -0.414$) indiquant qu'un canton qui est déjà ouvert sur l'extérieur a tendance à s'adapter plus rapidement.

L'interprétation détaillée de la signification du nombre de traités n'est pas chose facile. Il reflète sans doute en partie les préférences des gouvernements (antérieurs) en la matière. Cependant, une telle tradition d'ouverture peut aussi avoir une influence sur les préférences des milieux économiques cantonaux qui sont ainsi plus ou moins "habitués" à l'ouverture. Nous supposons donc que la tradition d'ouverture a une influence sur les autres variables explicatives, c'est-à-dire les préférences du gouvernement (cf. H3b) et des acteurs économiques (cf. H4). Il

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

nous semble que *la tradition d'ouverture doit donc plutôt être vue comme l'arrière-fonds culturel sur lequel les autres variables contribuent à l'explication des divergences intercantionales.*

4.3.2 Le faible pouvoir explicatif des préférences gouvernementales

Il est souvent difficile d'identifier rétrospectivement les préférences d'un gouvernement au niveau agrégé. Plusieurs indicateurs ont été développés, dont la *couleur partisane* des membres de l'exécutif. Cependant, les clivages partisans qui structurent le domaine des marchés publics ne sont pas évidents à identifier. Etant donné qu'il s'agit d'un enjeu de libéralisation économique, la ligne de conflit principale divise généralement plutôt une gauche réticente à un affaiblissement du pouvoir étatique en faveur du marché et une droite plus libérale. Or, dans le domaine des marchés publics, la question est beaucoup plus ouverte. Au niveau théorique, on peut s'attendre à ce que l'ouverture soit soutenue par une gauche favorable à l'utilisation économe des deniers publics et – surtout – très faiblement liée aux entreprises locales menacées par l'ouverture. La droite, par contre, a toujours traditionnellement été plus proche des milieux économiques locaux touchés⁶⁸, de sorte qu'elle est probablement plus prudente en ce qui concerne une ouverture. Néanmoins, la droite bourgeoise est également porteuse d'un discours sur les effets bénéfiques de la libéralisation, ce qui laisserait attendre qu'elle soutienne l'ouverture des marchés publics⁶⁹. Comme il s'avère donc difficile de faire une hypothèse nette sur le plan théorique concernant l'impact de la couleur politique, nous nous appuyons sur des observations empiriques. Celles-ci soutiennent effectivement l'hypothèse qu'un gouvernement de droite est *tendanciellement* plus réticent à ouvrir les marchés publics qu'un gouvernement de gauche: Les débats parlementaires concernant la Loi fédérale sur les marchés publics LMP ont produit une telle constellation politique particulière: le Parti Socialiste (PSS) s'est clairement montré favorable à l'ouverture, en faisant face à l'Union Démocratique du

⁶⁸ Cf. par exemple aussi les débats sur la révision récente de la Loi sur les Cartels qui ont tendanciellement montré des lignes de conflit politiques similaires.

⁶⁹ Cependant, la position de la gauche n'est pas univoque non plus. Par souci de préserver des emplois locaux, elle pourrait se prononcer contre l'ouverture des marchés publics.

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

Centre (UDC) très largement opposée à celle-ci. Le Parti Radical-Démocratique (PRD) ainsi que le Parti Démocrate-Chrétien (PDC) étaient largement partagés sur l'objet. L'opposition à l'ouverture est donc généralement plus importante du côté des partis bourgeois, sans pourtant que cette opposition soit unanime.

Nous maintenons donc *l'hypothèse d'une droite tendanciellement plus réticente à l'ouverture que la gauche* en restant néanmoins conscients de la réalité politique complexe de cet enjeu.

Deux indicateurs ont été retenus, l'un portant sur la couleur partisane du gouvernement cantonal dans son ensemble (COULEUR-GVT) et l'autre portant sur l'appartenance partisane du Conseiller d'Etat en charge du dossier des marchés publics (COULEUR-CE).

Détails de l'opérationnalisation

COULEUR-GVT: pourcentage de sièges "bourgeois" ("centre" et "droite") au gouvernement dans l'année qui précède la mise en vigueur de l'acte juridique contenant les valeurs-seuils du marché intercantonal. Le taux varie entre 40 et 100 %.

Source: Banque de données Vatter (2002)

COULEUR-CE: appartenance partisane du directeur cantonal du Département de l'infrastructure ou des travaux publics dans l'année qui précède la mise en vigueur de l'acte juridique contenant les valeurs-seuils du marché intercantonal. Variable dichotomique: 0 = Conseiller-e d'Etat socialiste (7 cantons); 1 = Conseiller-e d'Etat bourgeois-e (PRD, UDC, PDC, CSP; 19 cantons).

Sources: Année politique suisse 1992-2000; sites Internet des cantons;

Les résultats montrent en effet une *capacité explicative limitée de la couleur du gouvernement*.

- COULEUR-GVT \longrightarrow OUVERTURE-SEUILS: $r = 0.280$
- COULEUR-CE \longrightarrow OUVERTURE-SEUILS: $r = 0.297$

Néanmoins, les coefficients vont dans le sens prédit par l'hypothèse: *Plus le gouvernement est dominé par les partis bourgeois, plus l'ouverture normative du marché cantonal tend à être faible*. Les résultats sont très similaires pour les deux

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

indicateurs. Le tableau croisé montre de manière plus nuancée le lien entre la couleur du gouvernement et le niveau des seuils. La discussion nuancée de l'hypothèse est confirmée: *Sous les gouvernements bourgeois ont été adoptées des politiques très hétérogènes*, allant d'une ouverture importante à une large fermeture des marchés⁷⁰ (division de la droite sur cet objet). Les cantons plus "socialistes", par contre, ont tous très clairement adopté des politiques libérales en matière des marchés publics.

Tableau 9 : Lien entre la préférence du gouvernement et l'ouverture normative

	taux de sièges bourgeois au Conseil d'Etat			TOTAL
	40-59%	60-79%	80-100%	
ouverture élevée	VD, BE, BS	SG, ZH	AG, TI, VS, GR	9
ouverture moyenne	BL	NE, FR	JU, SO, TG, LU, GE, SZ	9
ouverture faible		SH, AR, GL, ZG	AI, NW, UR, OW	8
TOTAL	4	8	14	26

Même si les résultats pour la gauche sont relativement clairs, *la préférence du gouvernement ne s'avère pas un indicateur très puissant pour expliquer la variation intercantonale* (peu de cantons de gauche). Alors que les gouvernements de gauche ont généralement fait passer une ouverture importante du marché, le degré d'ouverture varie – comme prévu - fortement parmi les cantons "bourgeois". Ce résultat peut d'un côté résulter de la position ambiguë de la droite sur ce sujet (la couleur partisane ne renseignerait donc pas de manière suffisamment précise sur la préférence du gouvernement). De l'autre côté, il peut également découler du fait que le gouvernement n'a qu'une capacité limitée d'imposer sa préférence et

⁷⁰ Pour des raisons pratiques, nous ne commentons qu'un seul tableau croisé. Le constat resterait pourtant le même si on regardait le lien entre la couleur partisane du Conseiller d'Etat et l'ouverture normative.

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

que d'autres facteurs comme la tradition d'ouverture ou la force des acteurs économiques jouent un rôle plus important (ce qui reviendrait à falsifier l'hypothèse H3b)⁷¹. Néanmoins, un certain lien entre le clivage gauche-droite et l'ouverture normative a pu être constaté. Ce lien se confirme également quand on l'analyse pour les deux autres indicateurs de l'ouverture normative. Tant en ce qui concerne les exigences de publication que le délai d'adaptation, les cantons "bourgeois" ont tendance à être légèrement plus fermés.

Etant donné les faiblesses de notre première mesure de la préférence, nous avons procédé à une autre manière de mesurer la préférence des gouvernements en consultant leurs prises de position concernant d'autres projets liés à l'ouverture des marchés publics cantonaux. Cette opérationnalisation fournit une appréciation additionnelle et peut-être même plus fine de la préférence du gouvernement. Nous avons pris en compte deux objets qui ont été mis en consultation auprès des gouvernements cantonaux en 1993: a) La Loi sur le marché intérieur LMI et b) le projet d'accord intercantonal sur les marchés publics AIMP qui proposait à l'époque des valeurs-seuils communs⁷². Ces deux procédures de consultation nous permettent de relever si le gouvernement cantonal a exprimé une attitude plutôt favorable ou plutôt réticente à l'égard de l'ouverture des marchés.

⁷¹ En outre, la faiblesse du lien peut également résulter d'une faiblesse de l'indicateur, étant donné que les sections cantonales des partis politiques occupent des positions parfois assez différentes sur l'axe gauche-droite.

⁷² L'idée de fixer des valeurs-seuils communs pour le marché intérieur dans l'AIMP n'a finalement pas été retenue par les membres de la DTAP. Les seuils proposés dans ce projet de décembre 1993 ont été les suivants: Construction gros œuvre: 1'000'000.- (procédure ouverte/sélective) et 100'000.- (procédure sur invitation); services et fournitures: 250'000.- (procédure ouverte/sélective) et 50'000.- (procédure sur invitation).

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

Détails de l'opérationnalisation

POSITION-LMI: variable dichotomique qui exprime la position cantonale sur le projet de la LMI; 0 = accord entier ou partiel à l'adoption de la LMI ; 1= rejet global du projet de la LMI ou rejet explicite de l'inclusion des marchés publics dans celle-ci. En ce qui concerne les deux cantons qui n'ont pas répondu à la consultation (VD, AR), nous avons supposé leur accord au projet de LMI.

Source: Synthèse des résultats de la procédure de consultation sur la LMI 1994, DFE, Berne

POSITION-AIMP: variable dichotomique qui exprime la position cantonale sur les valeurs-seuils proposés dans le projet d'AIMP de 1993; 0 = le canton estime que les seuils proposés sont trop élevés, il souhaite abaisser les seuils (encouragement de la concurrence); 1 = le canton estime que les seuils proposés sont adéquats ou trop bas, il souhaite garder ces seuils ou les relever (restriction de la concurrence). En ce qui concerne les deux cantons qui n'ont pas répondu à la consultation (AI, GL), nous avons supposé leur accord au niveau proposé des seuils.

Source: archives de la Conférence des Directeurs cantonaux des travaux, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement (DTAP)

Etonnamment, les avis exprimés dans ces procédures de consultation ne reflètent pas du tout l'ouverture normative sur laquelle débouchait le processus législatif cantonal.

- POSITION-LMI → OUVERTURE-SEUILS : $r = -0.231$
- POSITION-AIMP → OUVERTURE-SEUILS : $r = 0.169$

Le lien entre la position exprimée concernant le projet d'AIMP et l'ouverture normative est très faible et celui entre la position sur le projet de LMI et le niveau des valeurs-seuils cantonaux est même négatif, ce qui signifie que les cantons favorables à la LMI ont eu tendance à fermer plus leurs marchés que les cantons qui ont refusé la LMI.⁷³ Ce résultat, qui semble à première vue assez paradoxal, peut s'expliquer par plusieurs raisons:

⁷³ Les analyses bivariées montrent également l'absence d'un lien entre les préférences exprimées dans les prises de position et les deux autres variables dépendantes, les exigences de publication ou le délai d'adaptation.

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

- *Soit notre hypothèse H3b est falsifiée.* Ce n'est pas tant la préférence du gouvernement cantonal qui explique l'ouverture normative, mais plutôt d'autres facteurs tels que la tradition d'ouverture ou la force des acteurs économiques. Selon cette interprétation, le gouvernement cantonal n'est pas (unique) maître de la réglementation adoptée dans le canton. Il aurait peut-être voulu aller dans une direction libérale, mais au cours du processus législatif, les seuils ont quand même été relevés par exemple au sein du parlement. *Dans cette logique, le coefficient négatif peut prendre un sens:* on peut imaginer qu'un gouvernement libéral qui se voit confronté à une opposition forte dans son canton soit particulièrement favorable à une libéralisation "imposée" par le niveau fédéral ou intercantonal, justement afin de surmonter les résistances internes. Dans la littérature sur l'eupéanisation, cet argument est bien connu sous le nom de "*blame-shifting*". Il signifie que le gouvernement espère pouvoir utiliser le "levier externe" pour faire passer des mesures désagréables contre les opposants domestiques. Le fait que tant la LMI que l'AIMP n'ont finalement pas poussé très loin l'ouverture harmonisée des marchés cantonaux a pourtant largement amputé d'effet une éventuelle stratégie de "levier externe" dans notre cas concret.
- *L'autre explication possible du résultat est que nos indicateurs ne mesurent pas vraiment la position du gouvernement sur la libéralisation de leur propre marché cantonal.* La pertinence de notre indicateur doit en effet être nuancé pour deux raisons. 1) les procédures de consultation ont eu lieu en 1993, donc quelques années avant que les cantons aient adapté leurs lois. La composition du gouvernement ou les préférences peuvent avoir changé entre temps suite à des processus d'apprentissage (le domaine des marchés publics était très peu connu et réglementé en 1993) ou à cause de changements de majorité politique. 2) Il est possible que la logique qui prévaut dans la prise de position sur ces deux objets fédéral et intercantonal diverge d'une logique purement cantonale. Ainsi, on pourrait supposer que les cantons soient intéressés à imposer aux autres cantons des seuils relativement bas pour faciliter à leurs entreprises l'accès à ces marchés publics. Ceci ne signifierait pas pour autant qu'ils soient prêts à ouvrir leur propre marché aux concurrents extra-cantonaux. Ainsi, des cantons comme les deux Appenzell, Genève ou Glaris se sont exprimés en faveur de la LMI et en faveur de seuils plus bas, alors qu'au niveau cantonal, ils ont ensuite adopté des seuils comparativement très élevés. Un phénomène

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

similaire est parfois observé au sein de l'Union européenne, où les "Euro-turbos" parmi les Etats-membres ne sont pas toujours les élèves modèles quand il s'agit de l'implémentation au niveau domestique des règles européennes. Ce décalage peut être expliqué par des résistances internes que ces pays rencontrent dans la transposition des directives, mais il faudrait peut-être également prendre en considération que la logique "collective" ne correspond pas forcément à la logique "individuelle"⁷⁴.

Tant pour la couleur partisane que pour les prises de position, le faible lien avec l'ouverture normative peut donc être interprété de deux manières. Faut-il douter du pouvoir du gouvernement de faire passer sa propre préférence au niveau cantonal (falsification de H3b) ou faut-il plutôt douter de la validité de nos indicateurs ? Sans doute, les deux explications captent une partie de la réalité. Etant donné les faiblesses de nos indicateurs, notamment liées aux sensibilités différentes des sections cantonales des partis politiques, la question de l'importance de l'exécutif dans la décision finale doit dans une certaine mesure rester ouverte. Mais il nous semblerait faux de nier complètement la pertinence des indicateurs, notamment parce que nous avons sélectionné des mesures très détaillées (appartenance partisane du Conseiller d'Etat en question, position exprimée dans la procédure de consultation). Il convient donc de conclure qu'il ne suffit pas de connaître la préférence du gouvernement en matière d'ouverture des marchés publics pour comprendre l'output des processus d'adaptation cantonaux. L'exécutif n'arrive pas forcément à imposer ses préférences dans le contenu des normes adoptées. D'autres facteurs doivent être pris en considération si on veut comprendre la variance entre les cantons. La tradition d'ouverture en est un, les résistances internes à surmonter en sont probablement un deuxième. Nous nous tournons donc vers l'analyse de ce facteur.

⁷⁴ En ce qui concerne la LMI, il faut également prendre en considération le conflit acharné sur la répartition des compétences de réglementation qui accompagnait la création de cette loi (cf. chapitre 2). Ce conflit "fédéraliste" peut expliquer pourquoi certains cantons comme AG, BE ou ZH ont refusé par principe l'inclusion du domaine des marchés publics dans la LMI, bien qu'ils ont ensuite favorisé l'ouverture intercantonale au niveau interne en adoptant des valeurs-seuils relativement bas.

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

4.4 *L'impact de la force des acteurs économiques sur l'ouverture normative*

L'hypothèse 4 suggère que l'importance et les stratégies des principaux milieux économiques concernés d'une libéralisation des marchés publics influencent le degré d'ouverture normative. Cette hypothèse fait donc référence aux résistances internes auxquelles le gouvernement cantonal doit faire face. Nous supposons que *l'importance de ces résistances dépend de deux facteurs*: d'un côté du poids du secteur économique qui se voit exposé à une concurrence plus forte et de l'autre côté des moyens d'intervention que les opposants à l'ouverture ont à disposition pour influencer ou ralentir le processus.

Il n'est pas facile d'opérationnaliser ces dimensions de manière pertinente sans se lancer dans une analyse approfondie des institutions (souvent informelles) cantonales et des positions que les acteurs économiques ont adopté dans les processus de réforme. Le cadre méthodologique choisi rend la conduite d'une telle étude approfondie pour chaque canton impossible. Néanmoins, des indicateurs relativement simples permettent de faire ressortir les grandes tendances.

4.4.1 L'influence d'une économie cantonale "menacée"

Dans le domaine des marchés publics, *ce sont notamment les acteurs économiques locaux du milieu de la construction et des branches liées (bureaux d'architectes etc) qui sont menacés par une concurrence accrue*⁷⁵. Alors que ces milieux ont un intérêt important à revendiquer l'accès aux marchés publics des autres cantons, ils sont également intéressés à préserver des barrières élevées pour des adjudications dans leur propre canton. On peut donc partir de l'hypothèse que ces acteurs sont les principaux critiques, voire opposants d'une politique de libéralisation.

⁷⁵ Même si la libéralisation comprend également les services et les fournitures non liées aux travaux, le domaine des constructions au sens large reste la catégorie dominante de marchés publics.

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

Afin de mesurer le poids politique des acteurs de la construction, il serait souhaitable de regarder leur organe politique, soit les sections cantonales de la Société Suisse des Entrepreneurs SSE afin de relever a) leurs ressources et b) leur taux d'organisation (ressource de légitimité). Cependant, ces informations confidentielles ne sont pas rendues accessibles par la SSE. Comme approximation du "poids politique", nous utilisons donc le "*poids économique*" du secteur dans le canton. Ce choix implique l'hypothèse sous-jacente selon laquelle une branche économique a d'autant plus de pouvoir politique que sa part dans la structure économique est importante, que ce soit en termes de nombre d'entreprises ou en termes d'emplois.

Deux indicateurs possibles mesurent ce poids du secteur de la construction: 1) l'importance du nombre d'*entreprises* de la construction dans l'économie cantonale et 2) l'importance du nombre d'*emplois* dans la construction dans l'économie cantonale. En ce qui concerne le premier indicateur, on pourrait se poser la question de savoir s'il faut contrôler la taille des entreprises, car les grandes entreprises ont certainement un intérêt particulier d'avoir accès à d'autres marchés cantonaux. Cependant, la LMI interdit explicitement le principe de réciprocité. Cela signifie que le degré d'ouverture du marché cantonal "domestique" des entreprises n'a pas d'effets sur leur accès aux marchés d'autres cantons. *Toutes* les entreprises de construction ont donc en principe un intérêt à la "fermeture" de leur propre marché cantonal et à l'ouverture des marchés d'autres cantons, indépendamment de leur taille. Tout au plus, on pourrait penser que la taille ait un effet dans le sens que les grandes entreprises luttent moins contre l'ouverture, car elles sont moins menacées, alors que les petites et moyennes entreprises – beaucoup plus nombreuses – s'opposent tendanciellement plus fortement dans les arènes cantonales. Cela n'affecte pourtant pas notre argument.

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

Détails de l'opérationnalisation

CONSTR-ENTREPRISES: nombre d'entreprises dans le domaine de la construction divisé par le nombre total d'entreprises dans le canton.

CONSTR-EMPLOIS: nombre d'emplois dans le domaine de la construction divisé par le nombre total d'emplois dans le canton. A des fins de présentation, la variable a été catégorisée de la manière suivante:

< 8% = "construction faible"

8 - 10% = "construction de poids moyen"

> 10% = "construction importante"

Les deux indicateurs sont fortement corrélés entre eux ($r = 0,762$).

Source: Betriebszählung 2000, Office fédéral de la statistique OFS

La distribution des cantons sur ces variables montre une évolution partant des cantons urbains comme Genève ou Bâle-Ville qui présentent une part de la construction relativement faible d'environ 6% et allant à de petits cantons comme Obwald ou Appenzell Rhodes-Intérieurs où la construction représente une part importante d'environ 15% des entreprises et emplois cantonaux.

Il s'avère que ces deux variables sont en effet fortement corrélées avec l'ouverture normative dans le domaine des marchés publics:

- CONSTR-ENTREPRISES → OUVERTURE-SEUILS: $r = 0.473$
- CONSTR-EMPLOIS → OUVERTURE-SEUILS: $r = 0.613$

La tendance apparaît clairement dans ces résultats: plus le secteur de la construction est important dans un canton, plus ce canton est fermé à la concurrence en matière de marchés publics. Il semble que la structure économique du canton ait clairement une influence sur l'output législatif. Le tableau suivant donne un aperçu plus détaillé de ce résultat pour ce qui est de l'indicateur basé sur le taux d'emplois dans la construction:

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

Tableau 10 : Lien entre le poids du secteur de la construction et l'ouverture normative

	construction faible (<8%)	construction de poids moyen (8-10%)	construction importante (>10%)	TOTAL
ouverture élevée	BS, ZH, VD	BE, SG, AG, TI	VS, GR	9
ouverture moyenne	BL, GE, NE, JU	SO, FR, LU	TG, SZ	9
ouverture faible	SH	ZG, AR	NW, GL, AI, OW, UR	8
TOTAL	8	9	9	26

Parmi les cantons avec un secteur de la construction comparativement faible, seulement Schaffhouse présente des barrières élevées d'accès aux marchés publics, alors que les autres cantons sont plus ouverts. L'image est hétérogène pour les cantons avec un secteur de la construction d'importance moyenne. *Mais la tendance s'inverse si on regarde les cantons avec un secteur de la construction important, où cinq cantons sur huit ont des marchés relativement fermés.* Les cas "atypiques" dans cette catégorie sont les Grisons et le Valais qui combinent un secteur de la construction important avec une ouverture poussée du marché. Ce résultat peut éventuellement s'expliquer par le fait que ces deux cantons sont pour des raisons géographiques de toute façon moins facilement accessibles pour les entreprises de la plupart des autres cantons et qu'une ouverture normative importante du marché menace donc de facto moins les entreprises locales.

Les résultats présentés ci-dessus confirment l'hypothèse 4a. Celle-ci est également corroborée si on regarde les deux autres indicateurs de l'ouverture normative. Un secteur de la construction important a tendance à coïncider avec des exigences de publication moindres et avec un délai d'adaptation plus long. Ce lien est fort ($r = 0.399$) en ce qui concerne l'indicateur basé sur la publication, mais plus faible pour ce qui est du délai ($r = 0.206$). Néanmoins, les résultats confirment *que*

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

la force des acteurs économiques menacés par la concurrence semble avoir un impact important sur l'ouverture normative.

4.4.2 Les parlements plus "protectionnistes" que les gouvernements

Finalement, il reste à tester l'hypothèse selon laquelle un système politique ouvert qui facilite l'accès des opposants au processus législatif mène tendanciellement à une relative fermeture du marché. Cette hypothèse (H4b) est entre autres basé sur un constat qu'on rencontre fréquemment dans la littérature sur l'eupéanisation et qui dit que les institutions domestiques, notamment le nombre de veto players, explique des déficits dans la transposition du droit européen (Haverland 1999, Bursens 2002). Dans notre cas concret des cantons suisses, les veto players potentiels aux décisions du gouvernement sont d'un côté le parlement et de l'autre côté le peuple en cas d'un référendum. Cependant, seulement très peu de cantons ont connu des référendums populaires sur les actes normatifs qui fixaient les nouvelles valeurs-seuils. Par conséquent, le critère qui distingue principalement l'élaboration de ces actes est de savoir s'ils ont été adoptés par le gouvernement seul, dans une ordonnance, ou si ces nouveaux seuils figurent dans une loi qui a requis l'approbation du parlement cantonal.

Détails de l'opérationnalisation

OUVERTURE-PROCESSUS: variable dichotomique; 0 = les valeurs-seuils figurent dans une ordonnance du Conseil d'Etat qui ne demande pas l'approbation du parlement (BE, BL, FR, GL, JU, LU, NE, SG, SH, TG, ZG, GE); 1 = les valeurs-seuils figurent dans une loi ou ordonnance soumise à l'approbation du parlement cantonal (AG, AI, AR, BS, GR, NW, OW, SO, SZ, TI, UR, VD, VS, ZH).

Source: Actes législatifs cantonaux

L'exigence d'approbation parlementaire *ouvre considérablement le processus de décision* et fournit donc des ressources d'intervention aux partis politiques et aux milieux économiques. Ainsi, nous faisons l'hypothèse que l'intervention du parlement a un effet négatif sur l'ouverture normative.

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

- OUVERTURE-PROCESSUS → OUVERTURE-SEUILS: $r = 0.235$
Le coefficient positif indique que tendanciellement, l'intervention du parlement est en effet associée à des seuils d'accès au marché plus élevés que ceux qui sont fixés si le gouvernement seul adopte l'acte législatif en question. Cependant, ce lien est très faible et une analyse plus fine à travers le tableau croisé suivant met en évidence la capacité explicative faible de cette variable.

Tableau 11 : Lien entre l'ouverture du processus de décision et l'ouverture normative

	Organe qui approuve l'acte juridique en question:		
	Conseil d'Etat	Parlement cantonal	TOTAL
ouverture élevée	BE, SG	AG, BS, GR, TI, VD, VS, ZH	9
ouverture moyenne	BL, FR, JU, LU, NE, TG, GE	SO, SZ	9
ouverture faible	GL, SH, ZG	AI, AR, NW, OW, UR	8
TOTAL	12	14	26

Le tableau montre que *l'intervention du parlement n'a pas d'effet systématique sur l'ouverture normative*⁷⁶.

Deux pistes peuvent expliquer ce constat, l'une liée à la pertinence de la mesure, l'autre liée à la façon de tester l'hypothèse. D'un côté, *il se peut que la mesure utilisée soit trop grossière pour rendre véritablement compte des ressources d'intervention sur le processus que les acteurs ont à disposition*. En effet, les milieux économiques interviennent sans doute également dans le processus d'adoption des ordonnances, bien que ce soit de façon moins formelle. Inversement, l'arène parlementaire ouvre des possibilités d'intervention non seulement aux opposants de l'ouverture mais aussi aux partisans (et au gouvernement). Dans

⁷⁶ Ce diagnostic se confirme si on établit le lien entre l'organe qui adopte les exigences de publication et l'ouverture normative.

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

ce sens, la mesure choisie ne reflète probablement pas l'éventail des moyens d'intervention dont disposent les opposants. De l'autre côté, il faudrait compléter l'analyse en contrôlant également l'effet de la préférence du gouvernement. En effet, dans l'analyse bivariée ci-dessus, nous faisons l'hypothèse sous-jacente que le Conseil d'Etat est plus favorable à l'ouverture que le parlement, alors que nos indicateurs de la préférence gouvernementale présentés plus haut ci-dessus ont montré l'hétérogénéité des positions des exécutifs cantonaux. Ce dernier constat appelle une analyse multivariée qui permet de tester l'influence de chaque variable explicative spécifique en contrôlant l'effet des autres.

4.5 Le poids relatif des facteurs explicatifs: l'importance des contraintes internes

Dans l'analyse multivariée, *nous testons simultanément nos hypothèses*. Cette méthode nous permet de juger l'importance *relative* des différentes variables indépendantes, nous aidant à identifier par exemple l'influence de la force du secteur de la construction en gardant constant le niveau de l'ouverture antérieure ou la préférence du gouvernement. Nous procédons par plusieurs modèles statistiques allant d'un modèle le plus global possible à des modèles plus ciblés.

Pour un premier modèle compréhensif, nous incluons l'ensemble de nos variables indépendantes, à l'exception de celles concernant la position des cantons dans les procédures de consultation (cf. partie 3.3.2.). Etant donné que pour certains facteurs nous avons utilisé plusieurs indicateurs, nous allons tester leur effet conjoint sur l'ouverture normative (subset test).

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

Tableau 12 : Variation intercantonale de l'ouverture normative – modèle complet

		OUVERTURE-SEUILS				
		Sig. du groupe	R square change	Beta	sig.	VIF
Tradition d'ouverture	ACCEPTATION-EEE	0.67	0.03	-0.08	0.78	2.42
	NOMBRE-TRAITES			-0.19	0.39	1.39
Préférence du gouvernement	COULEUR-GVT	0.80	0.01	-0.16	0.53	1.84
	COULEUR-CE			0.08	0.72	1.48
Force acteurs économiques	CONSTR-ENTREPRISES	0.31	0.08	0.00	0.99	3.28
	CONSTR-EMPLOIS			0.54	0.22	5.59
Ouverture système politique	OUVERTURE-PROCESSUS	0.96	0.00	0.01	0.96	1.28

$r^2 = 0.418$; $n=26$

Le premier constat qui découle de ce tableau est que *l'impact d'aucun de ces sous-groupes* (qui correspondent aux hypothèses 3a, 3b, 4a et 4b) *est significatif au niveau 0.1*. Néanmoins, le niveau de signification n'est pas si important dans notre analyse, parce que nous incluons l'ensemble des cantons dans l'analyse et non pas seulement un échantillon. Nous devons donc plutôt *comparer l'apport de chaque sous-groupe à la capacité explicative du modèle* (R square change). En gardant l'effet des autres sous-groupes constant, la force des acteurs économiques est l'indicateur le plus puissant pour expliquer la variation intercantonale dans le niveau des seuils, suivi de la tradition d'ouverture et de la préférence du gouvernement. Néanmoins, l'apport de ces groupes d'indicateurs à la capacité explicative paraît dans ce modèle sur l'ensemble très faible.

En effet, le nombre élevé de variables indépendantes incluses dans le modèle (7) par rapport au faible nombre de cas analysés (26) *affaiblit la force du modèle dans son ensemble*. Cette faiblesse se répercute aussi dans les paramètres spécifiques

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

aux variables individuelles (notamment le coefficient beta). Elle est due au problème que les *variables indépendantes sont liées entre elles et s'affaiblissent ainsi mutuellement*: l'effet des variables sur l'ouverture normative est généralement faible dans ce modèle. Plus particulièrement, les effets du taux d'acceptation de l'EEE et du nombre d'entreprises dans le canton sont presque annulés, alors qu'ils étaient fort présents dans les analyses bivariées. Pour la couleur du gouvernement, le coefficient devient même négatif. En effet, le variance inflation factor VIF indique des corrélations fortes entre certaines des variables indépendantes⁷⁷. Les indicateurs de la force des acteurs économiques, du taux d'acceptation de l'EEE et de la couleur du gouvernement ont *des valeurs VIF proche ou supérieures à 2, ce qui indique un problème important de colinéarité*. En effet, le taux d'acceptation de l'EEE est fortement corrélé avec le nombre d'entreprises dans le canton ($r = 0.692$) et aussi avec les emplois dans ce domaine ($r = 0.711$). Ces deux indicateurs de la force des milieux de la construction covariant en même temps avec la couleur du gouvernement ($r = -0.5$) et – évidemment – entre eux ($r = 0.762$). Les effets de colinéarité posent le problème qu'il devient impossible dans une analyse multivariée de déterminer l'effet isolé des indicateurs qui sont corrélés entre eux. En plus, les valeurs de colinéarité suggèrent des liens causaux entre les variables indépendantes. On peut par exemple supposer que la structure économique du canton explique en partie le résultat du vote à l'EEE. Il n'existerait donc pas tellement une causalité directe entre ce taux d'acceptation et l'ouverture normative.

Etant donné ces problèmes de colinéarité, nous excluons par la suite certaines variables du modèle d'analyse pour ne retenir que celles qui semblent avoir un impact propre sur l'ouverture normative.

⁷⁷ $VIF = 1/Tolerance$, où Tolerance correspond à la part de variance de la variable indépendante en question qui n'est pas expliquée par les autres variables indépendantes du modèle. Il s'agit en quelque sorte de la "valeur propre" de cet indicateur. Plus celle-ci est faible, plus la valeur de VIF augmente. Une valeur élevée du VIF indique donc que la variable indépendante en question n'a que peu de capacité explicative propre. Une valeur du VIF de 2 signifie qu'un peu près 50% de la variance de l'indicateur en question sont déjà expliqués par les autres variables.

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

Tableau 13 : Variation intercantonale de l'ouverture normative – modèles sélectifs

	OUVERTURE-SEUILS					
	M1 (r ² = 0.341)			M2 (r ² = 0.329)		
	Beta	sig.	VIF	Beta	sig.	VIF
NOMBRE-TRAITES	-0.31	0.11	1.09	-0.32	0.10	1.07
COULEUR-CE	0.05	0.81	1.36	0.03	0.89	1.31
CONSTR-ENTREPRISES	0.38	0.08	1.36	0.42	0.04	1.25
OUVERTURE-PROCESSUS	0.11	0.55	1.10			

n = 26

Deux modèles ont été retenus : M1 inclut quatre variables, une pour chaque hypothèse. Pour M2, nous avons enlevé en plus l'indicateur concernant l'intervention du parlement, pour ne retenir qu'une variable portant sur les résistances internes (CONSTR-ENTREPRISES et OUVERTURE-PROCESSUS étant corrélés entre eux).

L'analyse multivariée montre que indépendamment de l'effet de l'ouverture antérieure des marchés et de la volonté du gouvernement, *la force du secteur de la construction reste l'indicateur qui explique le mieux l'ouverture normative en termes de seuils*. Néanmoins, dans des cantons à structure économique similaire, *l'ouverture antérieure – mesurée par le nombre de conventions de réciprocité – semble également influencer l'ouverture normative adoptée*. Cela signifie que parmi les cantons qui ont un secteur de la construction d'une importance similaire, celui qui a ouvert ses marchés publics à d'autres cantons dans le passé est tendanciellement allé plus loin dans la libéralisation exigée par la Loi sur le marché intérieur. *Par contre, l'influence de la préférence du gouvernement s'estompe presque complètement si on contrôle l'effet des autres variables indépendantes*. Par rapport aux analyses bivariées, l'analyse multivariée a ainsi confirmé et renforcé le constat de l'influence prédominante des acteurs économiques cantonaux et de la tradition d'ouverture sur le niveau de libéralisation. L'identité de l'organe qui adopte la nouvelle législation (OUVERTURE-PROCESSUS) ne joue par contre qu'un rôle très mineur (M1), ce qui correspond au résultat de l'analyse bivariée.

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

Les résultats qui se dégagent de notre analyse montrent que la marge de manœuvre de l'exécutif cantonal dans le pilotage de l'ouverture normative des marchés publics est fortement contrainte et limitée par des caractéristiques "domestiques", propres au canton, tels que la structure économique et la législation antérieure.

4.6 Conclusions du chapitre 4

Dans ce chapitre, nous avons tenté d'expliquer les divergences dans les degrés de libéralisation que les cantons ont adoptés. L'influence de trois facteurs principaux sur l'ouverture normative a été testée. Les trois facteurs sont la culture ou tradition d'ouverture d'un canton, la préférence du gouvernement et les "obstacles" auxquels les gouvernements sont confrontés sur le plan cantonal.

Le choix méthodologique d'une analyse statistique de l'ensemble des cantons nous a obligé de limiter l'information traitée à quelques indicateurs puissants. Même si les résultats doivent par conséquent être interprétés de manière prudente, les analyses permettent de faire plusieurs constats:

Selon notre analyse, la préférence de l'exécutif cantonal ne permet pas d'expliquer le degré d'ouverture finalement adopté dans ce canton. L'influence de ce facteur a tendance à s'estomper complètement si on contrôle l'influence des autres facteurs explicatifs. Ce constat est *particulièrement intéressant si on raisonne en termes d'analogie entre l'eupéanisation des Etats-membres de l'UE et la "Confédéralisation" des cantons suisses.* En effet, la littérature sur l'eupéanisation et l'internationalisation tant des pays-membres de l'UE (Moravscik 1994, Dehousse 1998) que de la Suisse (Sciarini 1994, Mach 2003, Mach et al. 2003) constate un accroissement du pouvoir de l'exécutif qui est situé à une position charnière entre les niveaux interne et externe. A part son pouvoir de négociation concret, l'accès aux deux arènes est supposé lui permettre l'utilisation du "levier externe" pour diriger de manière décisive les réformes internes. Cependant, notre analyse ne

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

confirme pas ce résultat. Ni la couleur politique du gouvernement⁷⁸, ni les prises de position explicites sur des sujets similaires expliquent la variation intercantonale dans les degrés d'ouverture des marchés publics. *Par contre, la structure économique du canton – c'est-à-dire le poids du secteur de la construction – et la tradition d'ouverture rendent dans une grande mesure compte de l'ampleur de la libéralisation consentie.* Alors qu'on peut présumer que de par leur participation aux réformes aux niveaux fédéral et intercantonal (consultation LMI et AIMP, DTAP, groupes de travail), les représentants des gouvernements cantonaux aient subi un processus d'apprentissage en matière de libéralisation des marchés publics, les autres acteurs politiques dans les cantons n'ont pas participé à un tel processus. Or, c'est dans cette arène politique cantonale que le degré d'ouverture a été décidé. Ceci peut expliquer qu'une logique traditionnelle, cantonale semble avoir prévalu. Les liens entre le poids de la construction et l'ouverture normative, ainsi qu'entre la tradition d'ouverture et le niveau des valeurs-seuils confirment cette interprétation.

Le fait que l'exécutif n'ait pas eu de position dominante résulte probablement aussi du fait que la législation à mettre en oeuvre – tant l'AIMP que plus particulièrement la LMI – ait laissé une très grande marge de manoeuvre aux cantons. Ceci nous amène à formuler les enseignements suivants qui peuvent être tirés de nos résultats: si le but des autorités fédérales dans un domaine tel que l'ouverture des marchés cantonaux est d'atteindre un degré d'harmonisation élevé des législations cantonales, *il ne suffit pas de persuader les gouvernements cantonaux de l'orientation de la réforme à adopter ni même d'instaurer une surveillance accrue des réformes cantonales.* Même si les exécutifs sont favorables à une telle harmonisation, ils rencontrent des obstacles dans leur arène "domestique" qui sont difficilement maîtrisables. Une harmonisation véritable semble effectivement exiger des prescriptions relativement détaillées. En dépit de leur pouvoir limité au niveau interne, il reste cependant important *de promouvoir l'association et la par-*

⁷⁸ Rappelons néanmoins une faiblesse de cet indicateur qui relève du fait que les sections cantonales des partis politiques peuvent diverger dans la position qu'ils occupent sur l'axe gauche-droite. La couleur politique du gouvernement n'est donc qu'une mesure approximative qui doit être complétée par les autres indicateurs de la préférence gouvernementale que nous avons choisis.

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

ticipation des gouvernements cantonaux à des processus de réforme fédéraux et intercantonaux. Le processus d'apprentissage auquel ils participent ainsi peut "payer" à plus long terme. L'exemple suivant illustre cet argument: Sous la pression du GPA et de la LMI, les gouvernements cantonaux ont mené un processus de négociation qui a conduit à l'AIMP de 1995. S'il est vrai que cet accord n'allait pas très loin et laissait une grande marge de manœuvre aux cantons, il constituait néanmoins la base pour un développement futur de l'harmonisation intercantonale. Bien que, par rapport aux Directives d'adjudication de 1995, l'AIMP révisé de 2001 prescrit des valeurs-seuils maximaux relativement élevés qui ne vont pas amener à une ouverture beaucoup plus importante, cette révision montre quand même que dans le cadre d'institutions intercantionales, les exécutifs cantonaux ont la capacité de développer eux-mêmes un cadre de plus en plus contraignant pour l'ensemble des cantons. Comme dans beaucoup de cantons les négociations de ces concordats et leur approbation sont dans la compétence (quasi-)exclusive des gouvernements, *cette harmonisation intercantonale augmente la capacité des exécutifs cantonaux d'imposer au niveau de leur canton des réformes qui seraient très difficilement atteignables dans un processus purement interne.* Dans ce sens, tant l'adoption de normes plus contraignantes au niveau fédéral que la promotion de la coopération intercantonale peuvent – à des rythmes différents – contribuer à surmonter les obstacles "intracantonaux" à une harmonisation du droit.

4.7 Passage de transition

L'adaptation des lois cantonales détermine l'ouverture normative dans le sens que ces actes définissent le pourcentage de marchés soumis aux règles des procédures ouvertes ou sélectives et qu'elles fixent les conditions de mise en œuvre. Cependant, c'est surtout *l'application concrète de ces normes qui détermine dans quelle mesure les marchés cantonaux sont vraiment ouverts à la concurrence.* Par opposition à l'ouverture normative, nous appelons la mise en œuvre concrète des normes l'"ouverture effective". Il existe certes un lien entre les deux concepts: dans les cantons plus fermés sur le plan de l'ouverture normative, un nombre inférieur de marchés sera probablement soumis à la concurrence. Néanmoins, le degré d'ouverture normative ne permet pas d'évaluer directement l'ouverture effective à cause de deux facteurs. Premièrement, les lois cantonales laissent généralement une marge d'appréciation large aux entités adjudicatrices. Deux cantons con-

4. Adaptation législative cantonale hétérogène entre préférences et contraintes

naissant des lois similaires peuvent donc faire preuve d'une ouverture effective différente. Deuxièmement, l'application des nouvelles normes présuppose que les entités adjudicatrices en aient connaissance et soient disposées de les mettre en œuvre. En effet, il semble (OPCA 2002) que les exigences législatives complexes soient parfois peu connues ou même (volontairement ou involontairement) appliquées de manière incorrecte. L'investissement qu'un canton fait dans l'information, la formation et le contrôle des adjudications peut donc considérablement influencer le degré d'ouverture effective. Ces deux facteurs justifient et requièrent une analyse séparée de l'application concrète des nouvelles lois, notamment si on veut évaluer le succès des réformes. Dans le prochain chapitre, nous analysons donc les divergences dans l'ouverture effective des cantons et nous identifions des pistes d'explication pour ces différences.

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre – comparaison de l'ouverture effective des marchés publics dans quatre cantons

Dans l'analyse du processus de libéralisation des marchés publics cantonaux, nous avons regardé jusqu'ici la transposition "primaire" de l'ouverture internationale aux niveaux intercantonal (AIMP) et fédéral (LMI), ainsi que la transposition "secondaire" de ces actes au niveau des cantons individuels. Cette dernière étape nous a permis de mettre en évidence que certains cantons ont édicté des barrières d'accès plus élevées que d'autres en termes de valeurs-seuils ou d'exigences de publication. Or, si on s'intéresse à la question de savoir si, et si oui dans quelle mesure, l'autonomie cantonale fédéraliste constitue un obstacle à la libéralisation des marchés publics telle qu'elle est voulue dans l'accord du GATT, dans la LMI et dans l'AIMP, il s'agit d'analyser non seulement les processus législatifs, mais aussi *l'application même de ces dispositions dans les cantons*. C'est ce que nous nous proposons de faire dans ce chapitre.

5.1 *Cadre d'analyse et hypothèses*

Le fédéralisme est un *point de veto* dans le système politique suisse, ce qui signifie que pour l'acceptation et l'application d'une certaine politique publique, *l'accord des cantons est nécessaire*. Le pouvoir de veto des cantons se manifeste d'un côté dans les processus de décision (fédéraux) - notamment dans les commissions d'experts, les procédures de consultation ou le Conseil des Etats - et de l'autre côté, le pouvoir de veto des cantons intervient dans la phase d'implémentation des politiques publiques, parce que celle-ci relève – selon le fédéralisme d'exécution suisse – presque toujours de la compétence des cantons. Ce sont donc les autorités cantonales qui pilotent l'organisation administrative de la mise en oeuvre. Ceci est d'autant plus vrai dans le cas de la libéralisation des marchés publics cantonaux, car cette politique relevait traditionnellement de la compétence exclusive des cantons et ce n'est qu'avec l'accord GATT et la LMI que la Confédération a commencé à légiférer dans le domaine.

Dans la question de recherche formulée au début de ce travail, nous nous sommes demandées *si l'autonomie cantonale fédéraliste risquait d'empêcher une mise en*

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

œuvre correcte et fidèle aux objectifs qui sont contenus dans les normes adoptées aux niveaux législatifs supérieurs (accord GATT, LMI, AIMP). Deux interrogations principales découlent de cette question de recherche.

Premièrement, nous avons supposé de manière générale (cf. ci-dessus p. 5-6) que la mise en oeuvre cantonale d'une politique internationalisée aura *tendance à être plus difficile* que l'implémentation d'une politique traditionnelle "interne", parce qu'une réforme internationalisée est partiellement imposée aux cantons par la Confédération. Nous pouvons donc supposer que les cantons pourraient faire usage de leur pouvoir de veto dans cette phase du cycle de politique publique, justement parce que leur pouvoir a été réduit dans la phase d'élaboration de la réforme (cf. chapitre 2 ci-dessus).

Dans son rapport d'évaluation de l'ouverture des marchés publics – focalisé sur le niveau fédéral – l'OPCA (2002) a identifié quatre objectifs principaux de la nouvelle législation sur les marchés publics: 1) la transparence des procédures de soumission et d'adjudication, 2) l'accroissement de la concurrence, 3) l'égalité de traitement des soumissionnaires et 4) l'utilisation économe des deniers publics. Nous allons examiner à l'aide de quelques cantons sélectionnés si l'application des nouvelles normes sur les marchés publics pose effectivement des problèmes par rapport à ces objectifs et nous allons discuter la question de savoir dans quelle mesure de tels problèmes tiennent au caractère internationalisé de la libéralisation des marchés publics.

Deuxièmement, nous nous focalisons plus spécifiquement sur l'argument selon lequel *le fédéralisme suisse dans sa forme actuelle constitue un obstacle à l'adaptation des politiques suisses aux exigences découlant du contexte international.* Pour ce faire, nous allons identifier les différences dans la mise en oeuvre entre plusieurs cantons et essayer d'interpréter ces différences à la lumière des facteurs explicatifs avancés dans la littérature. Un argument souvent invoqué est que *la taille hétérogène des cantons, c'est-à-dire la distribution très inégale des ressources, ne permet pas à tous les cantons d'accomplir les nouvelles tâches de manière adéquate en temps utile.* C'est ainsi que le fédéralisme pourrait empêcher une adaptation efficace (Tanquerel 1991, Thürer 1992), d'autant plus que la libéralisation des marchés publics constitue pour la plupart des cantons un change-

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

ment paradigmatique dans leur politique d'adjudication. Etant donné que cette nouvelle législation concerne un nombre très important d'adjudicateurs potentiels dans chaque canton⁷⁹, un grand effort d'investissement de ressources (humaines, financières, organisationnelles) dans la formation, les conseils, la surveillance etc. est nécessaire dans chaque canton pour assurer la mise en œuvre de cette ouverture. Nous allons vérifier *s'il existe un lien entre la taille ou la capacité financière et organisationnelle des cantons, les ressources investies dans la mise en œuvre et le degré d'ouverture et de transparence de la pratique d'adjudication*. L'existence d'un tel lien tendrait à montrer le besoin d'une certaine harmonisation des ressources au niveau intercantonal ou fédéral. Cependant, si ce lien n'est pas vérifié empiriquement, c'est-à-dire s'il n'existe pas de relation entre la taille du canton, l'organisation administrative de la mise en œuvre et la pratique libérale ou fermée, d'autres facteurs que l'inégalité structurelle des cantons interviennent dans l'explication des différences constatées. Ces autres facteurs sont éventuellement aussi liés à l'hétérogénéité fédéraliste, mais non pas à la distribution inégale des ressources entre les cantons. On peut mentionner alors des facteurs comme les *traditions cantonales spécifiques*, la présence de *fonctionnaires particulièrement sensibles à la problématique* ou alors la *volonté politique des autorités cantonales*. En effet, l'autonomie de mise en œuvre permet à des gouvernements réticents à l'égard de la libéralisation des marchés publics de freiner l'ouverture, indépendamment de la taille du canton.

Comme l'application plus ou moins "ouverte" de la nouvelle législation dépend principalement des entités adjudicatrices administratives du canton, nous formulons des *hypothèses explicatives* qui portent sur l'organisation et les ressources administratives du canton (facteur 5 du modèle de Kissling-Näf et Knoepfel, cf. ci-dessus p. 52). Une première hypothèse se réfère à l'impact de la capacité administrative du canton sur le niveau de ressources investies dans la mise en œuvre de l'ouverture des marchés publics (H5a), alors que la deuxième hypothèse porte sur les effets de l'organisation administrative sur le degré d'ouverture et de transparence de la pratique d'adjudication (H5b).

⁷⁹ Pour l'ensemble de la Suisse (Confédération, cantons, communes), le nombre d'adjudicateurs potentiels est estimé à plus de 5500 (OPCA 2002).

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

H5a: La capacité administrative d'un canton influence l'organisation administrative de l'adjudication des marchés publics. Plus la capacité administrative d'un canton est élevée, plus il investira dans la surveillance de la mise en oeuvre et dans l'information, la formation et l'encadrement des fonctionnaires adjudicateurs.

Le concept de "capacité administrative" tel que nous l'utilisons fait référence à *la taille générale du canton et à l'importance de son appareil administratif*. La capacité financière des cantons et les dépenses financières de personnel cantonal permettent de mesurer ce concept (en ce qui concerne l'opérationnalisation des concepts, cf. ci-dessous). L'"organisation administrative" correspond à l'arrangement politico-administratif de mise en oeuvre de cette nouvelle politique (cf. Knoepfel et al. 2001). *Cette hypothèse postule qu'en fonction de leur taille, les cantons ne sont pas tous capables de manière égale de mettre en oeuvre le changement d'orientation de la politique. Les grands cantons sont supposés investir plus dans l'implémentation*. Par contre, s'il devait s'avérer que des cantons plus petits et moins bien lotis en ressources investissent plus dans l'information et la surveillance des fonctionnaires que des cantons plus grands, alors la capacité d'adaptation dépend moins des ressources que d'autres facteurs, tels que la volonté politique des autorités cantonales de libéraliser leurs marchés publics.

La seconde hypothèse concerne le lien entre la dotation en ressources administratives du domaine des marchés publics et la pratique d'adjudication effective.

H5b: L'organisation administrative de l'adjudication des marchés publics influence la pratique d'adjudication. Plus un canton investit des ressources dans la surveillance de la mise en oeuvre, dans l'information, la formation et l'encadrement des fonctionnaires, plus la pratique d'adjudication sera ouverte et transparente.

Le concept de pratique d'adjudication fait partie de l'"ouverture effective" que nous analysons dans ce chapitre du travail, par opposition à *l'ouverture normative* développée dans le chapitre précédent. L'ouverture effective concerne le degré d'ouverture, de transparence et de concurrence dans la politique des marchés publics, non pas au niveau de la loi, mais dans la mise en oeuvre pratique. L'ouverture effective englobe deux concepts liés mais distincts: la *pratique d'adjudi-*

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

cation (cf. H5b) et le *résultat final de l'ouverture*, c'est à dire l'"output" administratif et l'"outcome" de la politique. Alors que la pratique d'adjudication concerne la manière dont les entités adjudicatrices mènent les procédures de soumission et d'évaluation des offres, le résultat final se réfère à des indicateurs de la concurrence sur le marché, tels que le degré de pénétration du marché par des soumissionnaires extra-cantonaux ou l'évolution des prix. Dans l'hypothèse H5b, nous focalisons sur la pratique d'adjudication (output), parce que le résultat final en termes de concurrence (outcome) ne dépend qu'en partie des efforts des adjudicateurs cantonaux, et en partie d'autres facteurs "exogènes" que nous ne sommes pas en mesure de contrôler dans le cadre de notre analyse (p.ex. la propension des entreprises de soumissionner en dehors de leur propre canton, l'effet de la conjoncture sur le niveau des prix, le nombre de marchés publics à adjudger dans un canton à un moment donné etc.).

Le concept d'"ouverture effective – pratique d'adjudication" qualifie donc la pratique d'une entité adjudicatrice, selon qu'elle est plus ou moins favorable aux objectifs de concurrence, de transparence, d'égalité de traitement et d'utilisation économe des deniers publics. Pour mesurer ce degré d'ouverture de la pratique d'adjudication, nous recourons à un certain nombre d'indicateurs concernant les pratiques de publication, le choix des critères d'adjudication, le poids attribué au critère "prix", l'utilisation de listes permanentes de soumissionnaires qualifiés etc. (en ce qui concerne l'opérationnalisation du concept, cf. ci-dessous)⁸⁰. L'hypothèse H5b postule que plus un canton investit des ressources pour la formation, l'encadrement et surtout la surveillance des fonctionnaires adjudicateurs, plus

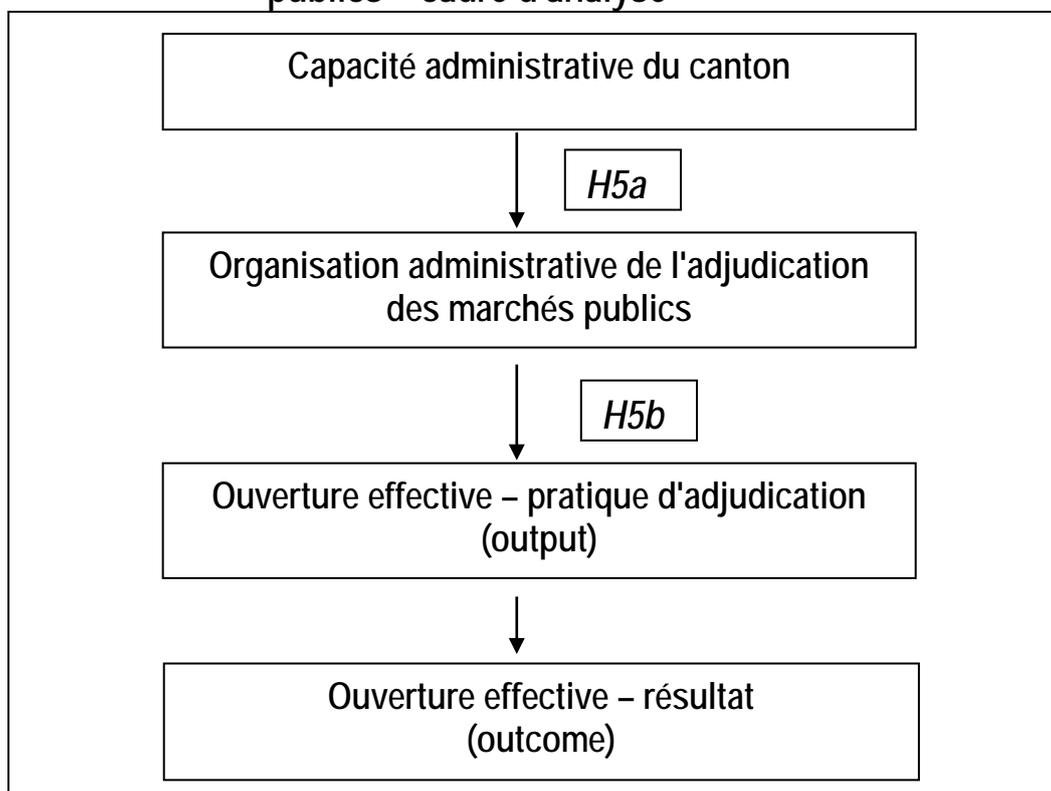
⁸⁰ Ces indicateurs identifient dans quelle mesure une entité adjudicatrice tend à faciliter l'entrée de toutes les entreprises (cantonales ou extra-cantonales) sur le marché. Une pratique plus "fermée" ne correspond pas forcément à une application "incorrecte" ou même "illégal" par rapport aux bases légales. La question de la légalité est complexe et elle est généralement tranchée par l'interprétation des tribunaux. De plus, les lois laissent une marge de manœuvre relativement importante aux entités adjudicatrices. La variance entre pratiques plus "ouvertes" et "fermées" peut donc très bien rester à l'intérieur de la marge de manœuvre que laisse une loi. Cependant, comme la législation sur les marchés publics contient l'objectif clair d'atteindre la plus grande transparence et concurrence possible, nous considérons que plus une pratique est "ouverte", plus elle est fidèle à ces objectifs.

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

l'"ouverture effective – pratique d'adjudication" de ces entités adjudicatrices sera homogène au sein du canton et favorable à la concurrence et à la transparence⁸¹.

Le schéma suivant permet d'illustrer l'enchaînement des étapes analytiques de la mise en œuvre et l'articulation des hypothèses:

Tableau 14: Mise en œuvre de l'ouverture des marchés publics – cadre d'analyse



En ce qui concerne l'"ouverture effective – résultat", notre travail empirique nous a permis de recueillir un certain nombre d'informations et de données à ce sujet, telles que par exemple le nombre de marchés qui tombent sous l'effet du GATT, la

⁸¹ Cette hypothèse sous-entend évidemment que les instances qui forment, encadrent et surveillent les entités adjudicatrices agissent elles-mêmes en fonction des objectifs de la politique, soit la concurrence, la transparence, l'égalité de traitement des soumissionnaires et l'utilisation économe des deniers publics.

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

proportion de soumissionnaires extra-cantonaux, l'évolution des prix etc. Or, nous renonçons à formuler une hypothèse spécifique sur le lien entre la pratique d'adjudication et l'outcome, car ce dernier dépend d'un grand nombre de facteurs autres que les ressources ou la volonté cantonale (cf. ci-dessus). En outre, l'explication de l'"ouverture effective – résultat" n'est pas au centre de notre analyse. Néanmoins, étant donné que des *données fiables sur l'état de la concurrence dans les cantons font à l'heure actuelle défaut*, il nous paraît intéressant de les présenter et discuter brièvement à la fin de ce chapitre.

5.2 Méthode d'analyse et données

L'analyse des hypothèses H5a et H5b se base sur une *comparaison intercantonale*. Comme l'opérationnalisation de nos concepts (notamment l'organisation administrative et la pratique adjudicatrice) a requis une importante récolte de données, nous avons dû nous limiter à *quatre cantons*, ce qui implique une *démarche qualitative de l'analyse*.

5.2.1 Sélection des cantons

Pour tester nos deux hypothèses, il aurait été idéal de pouvoir choisir des cas présentant une organisation administrative la plus différente possible, pour assurer une variance importante à ce niveau. Cependant, une telle manière de procéder aurait demandé un effort d'analyse empirique préalable trop important. Le choix des cantons a donc été effectué sur la base d'indicateurs agrégés. Comme nous testons si – indépendamment de l'ouverture normative – l'organisation administrative a un impact sur l'ouverture effective, nous avons sélectionné des cantons avec un *degré d'ouverture normative similairement élevé*. Cela nous permet de contrôler largement ce facteur. Les cas choisis font donc partie des 50 pour-cent de cantons les plus ouverts (cf. graphique 1, page 61).

Le choix des cas a été fait sur *deux indicateurs de la capacité administrative*:

- *Les charges financières de personnel cantonal* : L'hypothèse postule qu'un canton avec un appareil administratif important est capable d'allouer plus de ressources à la mise en œuvre de l'ouverture des marchés publics.

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

- *Les dépenses annuelles totales des cantons*: indique la "taille économique" du canton. L'hypothèse postule que les grands cantons qui ont probablement un nombre élevé de marchés publics importants et qui disposent de beaucoup de ressources investissent plus dans l'organisation administrative de la mise en oeuvre. Pour les contraster, nous avons pourtant choisi des cantons de taille moyenne, plutôt que des cantons vraiment petits, car on doit supposer que ces derniers n'ont que très peu de marchés importants à allouer. L'analyse de la pratique adjudicatrice serait donc peu pertinente.

Afin de varier les cantons sur ces deux critères, nous avons sélectionné Berne et Vaud comme grands cantons et Fribourg et Valais comme cantons de taille moyenne.

Tableau 15: Critères de sélection des cantons comparés

	"Grands cantons"	"Cantons de taille moyenne"
Charges de personnel cantonal (en millions de francs)	Berne (2'455), Vaud (2'282)	Fribourg (874) Valais (722)
Dépenses annuelles totales (en millions de francs)	Berne (7'277), Vaud (5'741)	Valais (2'232), Fribourg (2'017)

Source: Office fédéral de la statistique: Finances publiques en Suisse 2000.

5.2.2 Provenance des données et méthode d'analyse

Les données utilisées dans ce chapitre proviennent de trois sources:

- *Quatre entretiens avec des personnes clé du domaine des marchés publics de chaque canton* (1,5 à 2 heures chacun) ont été menés entre juillet et août 2002 (entretiens I, II, III, IV, annexe 1)⁸². Ces entretiens nous ont surtout permis d'identifier l'organisation administrative de la mise en oeuvre. Les quatre experts cantonaux nous ont également fourni à plu-

⁸² Ces personnes ont été sélectionnées, parce qu'elles représentent leur canton dans l'association simap.ch qui réunit les responsables cantonaux et fédéraux et qui gère le site Internet simap.ch (un organe centralisé de publications d'appels d'offres).

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

sieurs reprises des informations ponctuelles sur la situation dans leurs cantons.

- Une *enquête par questionnaire* a été menée dans les cantons auprès de quatre entités adjudicatrices cantonales. Le questionnaire figure dans l'annexe 6. Les entités adjudicatrices sélectionnées sont responsables des marchés publics cantonaux dans les domaines suivants:

- Routes nationales (autoroutes)
- Routes cantonales
- Bâtiment
- Achats en matériel informatique

Ces quatre domaines incluent les secteurs principalement concernés par l'adjudication de marchés publics (génie civil et bâtiment) ainsi qu'un domaine assez nouvellement touché par la législation sur les marchés publics (marchés de fournitures et de services dans le domaine informatique). Au total, 19 questionnaires ont été envoyés à ces entités entre octobre et novembre 2002 (liste des destinataires, cf. annexe 5). Le questionnaire a avant tout permis de *récolter des données sur l'ouverture effective* (pratique d'adjudication et résultat) dans les cantons.

- Finalement, nous avons analysé les *publications d'appels d'offres dans les feuilles officielles cantonales* des quatre cantons pour deux périodes: a) de janvier à juin deux années après la mise en vigueur de la nouvelle législation (Berne : 1998, Fribourg : 2000, Valais : 2000, Vaud : 1999) et b) de janvier à juin 2002. Cette source a fourni des informations sur le nombre de marchés publiés, les informations contenues dans la publication (critères etc.), le prix des documents d'appel d'offre, le nombre de fois que le marché a été publié etc. Etant donné que les réponses aux questionnaires portent sur la période de janvier 2001 à juin 2002, nous avons *priviliégié la série de publications de 2002 pour nos analyses*. Les données relatives aux publications entre 1998 et 2000 permettent de tracer l'évolution à l'intérieur du canton. Les informations ainsi récoltées *servent également à mesurer l'ouverture effective* (pratique d'adjudication et résultat) dans les cantons.

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

En nous basant sur des questionnaires et l'analyse des publications d'appels d'offres, nous avons privilégié une stratégie de récolte de données qui est similaire à celle utilisée par l'OPCA pour l'évaluation de l'ouverture des marchés publics au niveau fédéral (OPCA 2002).

En ce qui concerne la *méthode d'analyse*, les données récoltées nous permettent dans un premier temps de comparer les cantons sur quelques indicateurs de l'organisation administrative (l'opérationnalisation précise des concepts sera présentée au fur et à mesure dans la suite de ce chapitre). Ces indicateurs donnent une appréciation fondée de l'importance relative des ressources investies dans la mise en œuvre de la politique de libéralisation des marchés publics et permettent ainsi de classer les cantons dans un ordre selon l'importance de l'organisation administrative. *La comparaison de ce classement avec la capacité administrative permettra de voir si parmi ces quatre cantons il existe un lien entre la taille des cantons et l'organisation administrative (H5a)*. Dans un deuxième temps, nous allons construire un indicateur synthétique de l'"ouverture effective – pratique d'adjudication" sur la base de plusieurs indicateurs du degré d'ouverture et de transparence. Le grand nombre de dimensions que nous prenons en compte dans ce concept impose leur *agrégation dans un indicateur synthétique*. Un tel indicateur a le désavantage de réduire toute l'information à un seul chiffre peu nuancé. Cependant, la discussion détaillée de l'indicateur permettra tout au long de l'analyse d'apporter des détails et nuances nécessaires. L'indicateur synthétique a aussi l'avantage de permettre la comparaison systématique des cantons et leur classement sur le continuum "pratique ouverte - pratique fermée". *La comparaison de ce classement avec les informations sur l'organisation administrative permettra de tester le lien entre l'arrangement administratif et la pratique d'adjudication (H5b)*.

Le chapitre est structuré comme suit. Dans un premier temps, nous présentons brièvement le contexte (législatif et administratif) général de la politique dans les quatre cantons sélectionnés. Cette première partie permet de situer chaque canton dans son contexte particulier. Dans un deuxième temps, l'organisation administrative dans les quatre cantons est opérationnalisée, discutée et comparée. Les cantons sont classés selon les ressources investies dans le domaine, ce qui nous permettra de discuter la première hypothèse. Ensuite, nous mesurons et compa-

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

rons la pratique d'adjudication dans les quatre cantons et nous discutons la deuxième hypothèse. Finalement, nous présentons quelques indicateurs relatifs aux résultats en termes de concurrence (outcome) dans les cantons et nous discutons plus généralement le caractère "réussi" ou "lacunaire" de la libéralisation des marchés publics cantonaux sur la base de nos données. La conclusion permettra d'apprécier si et dans quelle mesure l'hétérogénéité des cantons doit être considérée comme un obstacle à la réforme efficace de la politique des marchés publics.

5.3 Diversité dans la mise en oeuvre et faiblesse de l'impact des réformes

Avant d'aborder le test des hypothèses, nous donnons un bref aperçu descriptif de l'évolution normative dans les quatre cantons sélectionnés, afin de situer l'analyse de la mise en oeuvre dans les contextes spécifiques des cantons.

5.3.1 Aperçu des bases légales et des spécificités cantonales

Tous les quatre cantons ont adhéré à l'AIMP et ont adapté leurs législations cantonales à la LMI entre 1996 et 1998. Depuis lors, la plupart d'entre eux ont également commencé à réviser de nouveau leur législation, afin de l'adapter à l'évolution récente du droit intercantonal (AIMP révisé de 2001). Les dispositions cantonales d'exécution – particulièrement importantes pour la pratique d'adjudication – sont dans une large mesure similaires (orientés selon les Directives d'adjudication de la DTAP de 1995⁸³)⁸⁴. Néanmoins, les processus d'adaptation ont divergé, présentant certaines spécificités cantonales (procédurales et substantielles) que nous présentons par la suite de manière très sommaire et non exhaustive.

⁸³ Les Directives avec les annexes sont publiées dans Galli et al. 1996: 312ss.

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

5.3.1.1 La législation dans le canton de Berne

Le canton de Berne a commencé très tôt à adapter sa législation à l'ouverture internationale et intercantonale des marchés publics. A travers une première révision très limitée de la " Submissionsverordnung " de 1980 en 1994, les marchés de fournitures ont été inclus dans cette ordonnance qui jusque-là ne s'appliquait qu'aux marchés de construction. En 1996, une importante révision de l'ordonnance a permis de l'adapter aux exigences de la LMI en prescrivant l'ouverture des marchés publics pour les marchés de construction, de services et de fournitures à partir d'un seuil de 200'000 francs (travaux de gros œuvre et services) et de 100'000 francs (travaux de second œuvre et fournitures) et en introduisant la protection juridique pour les soumissionnaires au-dessus de ces seuils. Il faut noter qu'en comparaison intercantonale, ces seuils ont été fixés à un niveau relativement bas. Cependant, le canton de Berne ne connaissait pas, à l'époque, des seuils pour l'application de la procédure sur invitation, celle-ci restait par conséquent facultative pour les entités adjudicatrices. Avec l'adhésion à l'AIMP en 1998, le canton a de nouveau révisé sa législation en adoptant une nouvelle loi et ordonnance sur les marchés publics qui sont actuellement en vigueur⁸⁵. Le changement le plus important concernait *l'augmentation* des valeurs-seuils au niveau proposé dans les Directives d'adjudication de la DTAP (500'000.- pour les travaux et 250'000.- pour les fournitures et services)⁸⁶. Il est intéressant de noter que dans le

⁸⁴ En outre, tous ces cantons font partie de la Conférence Romande des Travaux Publics qui réunit les directeurs cantonaux dans ce domaine. Cette Conférence a notamment émis en 1999 un Guide romand pour l'adjudication des marchés publics qui résume les législations cantonales et donne des orientations pratiques (non-contraignantes) pour les entités adjudicatrices.

⁸⁵ Loi portant adhésion du canton de Berne à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 27 novembre 1997 (RSB 731.27) et Ordonnance sur les soumissions du 29 avril 1998 (RSB 731.2).

⁸⁶ Pour le 1^{er} janvier 2003, finalement, le canton a encore révisé la loi et l'ordonnance cantonales sur les marchés publics en introduisant la procédure sur invitation à partir de valeurs-seuils pourtant inférieures à celles prévues par l'AIMP révisé de 100'000 francs pour tous les types de marchés. L'AIMP révisé prévoit la procédure sur invitation à partir de seuils maximaux de 100'000 francs pour les marchés de fournitures, de 150'000 francs pour les marchés de services et de travaux de second œuvre, et de 300'000 francs pour les marchés de travaux de gros œuvre. Les cantons restent pourtant libres d'adopter des seuils inférieurs.

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

canton de Berne, le processus d'harmonisation intercantonale a mené à une *relative fermeture des marchés* (valeurs-seuils plus élevées pour les procédures ouvertes et sélectives) dès 1998, par rapport à ce qui avait été décidé de manière "autonome" au niveau cantonal suite à l'adoption de la LMI. Cependant, les *dispositions procédurales ont évolué progressivement vers plus de transparence* (obligation de pondérer au préalable les critères d'adjudication, publication sur Internet obligatoire dès 2004, interdiction de listes permanentes de soumissionnaires qualifiés etc.). Tous les travaux législatifs sont menés sous l'égide de la Direction des travaux publics, des transports et de l'énergie du canton de Berne.

5.3.1.2 La législation dans le canton de Fribourg

Comparé à Berne, la dynamique de réforme dans le canton de Fribourg était plus directement orienté par l'adhésion à l'AIMP que par une réforme cantonale propre ou une adaptation "autonome" à la LMI. En effet, Fribourg était le premier canton à adhérer à l'AIMP en 1996 suite à un référendum obligatoire en 1995. Cependant, comme aucun règlement d'application de la Loi d'adhésion à l'AIMP n'était adopté jusqu'en 1998, l'ancien règlement sur les soumissions de 1974 continuait à rester en vigueur pendant deux ans. Par une nouvelle loi et son règlement sur les marchés publics, les dispositions d'exécution de l'AIMP et celles nécessaires pour l'adaptation aux exigences de la LMI ont finalement été édictées⁸⁷. Pour les procédures ouvertes et sélectives, ces deux actes définissaient des valeurs-seuils de 500'000 francs pour les travaux de gros œuvre et de 263'000 francs pour les services, les fournitures et les travaux de second œuvre, ce qui correspond à un niveau relativement élevé en comparaison intercantonale (cf. annexe 2). Or, les valeurs-seuils pour la procédure sur invitation étaient particulièrement bas, soit à 50'000 francs pour toutes les catégories de marché. Après l'adoption de l'AIMP révisé en 2001, ces dernières ont pourtant été relevées en 2002 à 150'000 francs (travaux de gros œuvre et services) et à 100'000 francs (travaux de second œuvre et fournitures) pour des raisons d'harmonisation et d'allègement de la procédure administrative (entretien III, annexe 1). Similairement à ce qui s'est produit dans le

⁸⁷ Loi du 11 février 1998 sur les marchés publics (RSF 122.91.1) et Règlement du 28 avril 1998 sur les marchés publics (122.91.11).

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

canton de Berne, *cette augmentation du niveau des seuils représente une relative fermeture des marchés publics.*

En outre, le canton de Fribourg est le seul canton qui exige systématiquement la *publication* des appels d'offres en procédure ouverte et sélective non seulement dans le bulletin officiel cantonal, mais *aussi dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC)*. A part cette particularité, les dispositions de procédure sont largement orientées selon les Directives d'adjudication de la DTAP de 1995. A l'instar de Berne, c'est la Direction des Travaux publics du canton qui est responsable en matière de législation sur les marchés publics.

5.3.1.3 La législation dans le canton de Valais

Le cadre législatif adopté dans le canton de Valais est particulièrement complexe, parce que les "transpositions" de l'AIMP et de la LMI ont été faites à travers deux lois distinctes. Déjà en 1997, le canton a adhéré à l'AIMP⁸⁸. Cependant, à défaut de dispositions d'exécution, l'ancien règlement sur les soumissions de 1986 continuait à rester en vigueur. En 1998, le canton adoptait une loi sur les marchés publics pour l'application de la LMI⁸⁹ ainsi qu'un règlement d'application qui contenait les dispositions de procédure tant pour les marchés touchés par l'accord du GATT que pour les marchés de valeur inférieure⁹⁰. Pour ces derniers marchés, non concernés par les traités internationaux, la loi et le règlement fixaient des *valeurs-seuils à un niveau particulièrement bas en comparaison intercantonale*: les seuils pour la procédure ouverte et sélective s'élevaient à 100'000 francs pour les marchés de fournitures, à 200'000 francs pour les marchés de services et à 500'000 francs pour les marchés de travaux. En ce qui concerne la procédure sur invitation, des seuils de 25'000 francs (fournitures, services et travaux de second œuvre) et de 50'000 francs (travaux de grand œuvre) ont été adoptés. Ce niveau

⁸⁸ Loi concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 20 mai 1996 (RS VS 726.102)

⁸⁹ En tant qu'acte d'application du droit fédéral, cette loi n'était pas soumise au référendum facultatif.

⁹⁰ Loi sur les marchés publics du 23 juin 1998 (RS VS 726.1) et Ordonnance sur les marchés publics du 26 juin 1998 (RS VS 726.100).

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

particulièrement bas des seuils donne une image d'ouverture qui contraste en quelque sorte avec une autre particularité procédurale concernant *le poids important attribué aux listes permanentes de soumissionnaires qualifiés* (entretien IV, annexe 1). Alors que dans d'autres cantons, tels que Berne ou Vaud, ces listes avaient toujours une importance mineure, le canton de Valais leur attribue un rôle primordial (sans que l'inscription soit formellement une condition nécessaire de soumission) et a même édicté une ordonnance spéciale qui règle les conditions d'inscription et la tenue des listes⁹¹. Une spécificité cantonale supplémentaire concerne la *distribution des compétences au sein de l'administration cantonale*. A la différence des autres cantons sélectionnés, ce n'est pas le département des travaux publics qui s'occupe de la législation en matière de marchés publics dans le canton de Valais, mais le Service des affaires extérieures et de droit économique du Département des finances, de l'agriculture et des affaires extérieures. Cette organisation résulte du moins en partie de la volonté politique de séparer les organes responsables de la législation de ceux impliqués plus directement dans l'adjudication pratique des marchés publics (entretien IV, annexe 1).

En vue de l'adaptation de la législation cantonale à l'AIMP révisé, *la procédure de réforme des lois existantes est actuellement en cours* dans le canton de Valais. La décision de savoir si les valeurs-seuils seront augmentées dans le cadre de cette réforme (l'AIMP révisé ne contenant que des limites maximales) n'est pas encore prise. Néanmoins, si tel était le cas, l'harmonisation intercantonale conduirait de manière assez paradoxale, comme dans les autres cantons, à une relative fermeture des procédures d'adjudication cantonales.

5.3.1.4 La législation dans le canton de Vaud

A l'instar des autres cantons sélectionnés pour l'analyse de l'ouverture effective des marchés publics, le canton de Vaud a commencé relativement tôt à adapter la législation cantonale dans une orientation très libérale. Avec l'adoption de la loi cantonale sur les marchés publics en 1996 et de son règlement d'exécution en 1997, le canton a simultanément adhéré à l'AIMP et transposé la LMI au niveau

⁹¹ Ordonnance concernant la tenue de listes permanentes du 26 juin 1998 (RS VS 726.101).

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

cantonal⁹². Ces lois contenaient des *valeurs-seuils très basses pour la libéralisation intercantonale*, d'une valeur de 200'000 francs pour l'application de la procédure ouverte ou sélective pour tous les types de marchés (travaux⁹³, fournitures et services) et de 50'000 francs pour la procédure sur invitation (travaux, fournitures et services). Les dispositions de procédure sont similaires à celles adoptées dans les autres cantons (orientés selon les Directives d'adjudication de la DTAP de 1995). Cependant, une *particularité procédurale* dans le canton de Vaud était la création d'un site Internet sur les marchés publics en 1999 (www.marches-publics.vd.ch, remplacé depuis novembre 2002 par simap.ch), mettant à disposition un endroit de publication des appels d'offres cantonaux, un forum sur les questions pratiques ainsi que d'autres informations utiles en la matière. La création de ce site, qui demandait un investissement conséquent de ressources de la part du canton⁹⁴, *indique une volonté politique de transparence et d'ouverture*.

En dépit de cette ouverture importante, le canton de Vaud va probablement suivre le mouvement des autres cantons et relever le niveau de ses valeurs-seuils dans le cadre de l'adaptation à l'AIMP révisé de 2001, car on serait confronté à l'incompréhension de la part du politique si on laissait les seuils considérablement plus bas que les autres cantons (entretien II, annexe 1).

Cette brève présentation des législations cantonales indique que les quatre cantons sélectionnés *ont tous adopté des stratégies d'ouverture plutôt libérales en termes du niveau des valeurs-seuils* (pour un aperçu comparatif, cf. annexe 2). Indépendamment de nos hypothèses pour l'analyse de la mise en oeuvre, il convient de noter une évolution intéressante et assez paradoxale qui se manifeste dans l'ensemble des quatre cantons: *les efforts d'harmonisation des valeurs-seuils*

⁹² Loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LVMP) (RSV 6.1) et Règlement du 8 octobre 1997 d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (RMP) (FO 1997, N° 86, p. 3977).

⁹³ Comme seul canton, Vaud a adopté la notion d'ouvrage (au lieu du marché individuel) pour déterminer la procédure applicable. Si un ouvrage dépasse la valeur d'un million de francs, tous les marchés individuels qui ont une valeur d'au moins 200'000 francs sont soumis à la procédure ouverte ou sélective.

⁹⁴ Le canton a investi un peu près 100'000 francs pour la mise en place et environ 60'000 francs par année pour la maintenance.

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

au niveau intercantonal auront tendance à mener dans les cantons analysés à une relative fermeture des marchés à la concurrence ouverte. Ceci n'est peut-être pas aussi surprenant si on considère que nous avons délibérément choisi des cantons qui – dans une première étape de libéralisation – ont adopté une ouverture normative importante. Il y aura donc également un bon nombre de cantons qui eux seront contraints à baisser le niveau de leurs valeurs-seuils. Néanmoins, il s'agit de noter que *la coopération horizontale entre les cantons pour la libéralisation commune des marchés publics mène certes à plus d'homogénéité, mais non pas nécessairement à une ouverture de plus en plus poussée des marchés cantonaux, parce que ces derniers doivent trouver un dénominateur commun acceptable pour l'ensemble des cantons.*

5.3.2. Le lien entre la capacité administrative des cantons et les ressources allouées à la mise en œuvre de la politique des marchés publics

La libéralisation des marchés publics a constitué pour la plupart des cantons un véritable *changement de paradigme* dans la pratique d'adjudication, de telle sorte que Lang (1999: 14) parle d'un "Kulturschock" pour les administrations cantonales. Dorénavant, tout fonctionnaire impliqué dans les achats cantonaux doit suivre les règles procédurales garantissant la transparence et la concurrence. Ce changement de paradigme crée un *besoin énorme d'information, de formation et de surveillance des adjudicateurs*, notamment parce que presque l'ensemble des services administratifs cantonaux sont des entités adjudicatrices potentielles, les achats publics n'étant centralisés dans aucun des cantons. L'hypothèse H5a est liée à la question de savoir *si l'ensemble des cantons, compte tenu de leur hétérogénéité en ressources financières, organisationnelles et humaines disponibles, sont capables de répondre à ces nouveaux besoins.* Elle postule que les grands cantons sont mieux à même que les cantons plus petits d'investir ces ressources.

Avant d'entrer en matière sur l'organisation administrative concrète dans les quatre cantons, un constat général s'impose: *la surveillance administrative, c'est-à-dire le contrôle de l'application correcte des nouvelles dispositions législatives (fédérales, intercantionales et cantonales) est très faible dans l'ensemble des quatre cantons.* La mise en oeuvre se fait partout de manière décentralisée, dans le sens où

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

chaque entité adjudicatrice est responsable de l'application correcte de la législation. Etant donné que dans tous les cantons les décisions d'adjudication doivent formellement être prises par le gouvernement à partir d'une certaine valeur, les chefs de département et les collaborateurs et collaboratrices des secrétariats généraux peuvent prendre connaissance des marchés particulièrement importants et ils font parfois des *contrôles ponctuels*, notamment si une décision ne paraît pas plausible à première vue (entretiens I et II, annexe 1). En outre, le contrôle des finances peut conduire des contrôles a posteriori ponctuels ou systématiques. Cependant, il n'existe dans aucun des cantons analysés un contrôle centralisé de l'ensemble des adjudications (importantes), de sorte que généralement, aucun organe a une vue d'ensemble et une connaissance globale de la pratique d'adjudication dans les services cantonaux⁹⁵. *La fonction de contrôle est en quelque sorte déléguée aux tribunaux qui tranchent en cas de recours déposé par un soumissionnaire lésé*⁹⁶. Les organes fédéraux et intercantonaux n'ont pas non plus les compétences ou ressources pour pallier à cette faiblesse⁹⁷.

⁹⁵ Cette décentralisation se montre aussi dans les statistiques que les cantons sont appelés à fournir chaque année au GATT. Ces statistiques doivent répertorier l'ensemble des marchés publics adjugés sous l'effet de l'accord GATT. Or, les données fournies par les cantons sont de qualité très hétérogène. Elles semblent lacunaires, ce qui tient notamment au fait que les organes cantonaux qui les récoltent dépendent entièrement des informations que les entités adjudicatrices cantonales veulent bien leur fournir (entretien V, annexe 1). L'OPCA note au sujet de ces statistiques: "Elles ne sont ni standardisées, ni vérifiées et semblent uniquement servir de quittance à l'obligation de fournir des statistiques à l'OMC" (2002: 35).

⁹⁶ Cette voie reste cependant lourde et peu utilisée par les entreprises qui se sentent lésées, notamment parce qu'elles ont peur de sanctions en cas d'adjudications futures. En outre, les entreprises estiment que leurs chances de succès sont faibles, étant donné qu'il est très difficile de démontrer la discrimination devant un tribunal (seco 2000).

⁹⁷ En effet, la Commission de la Concurrence (COMCO) est désignée pour veiller à la mise en oeuvre de la LMI. Ses compétences sont cependant limitées à l'élaboration de recommandations sur des projets de lois et des adjudications cantonales, qui n'ont aucun caractère obligatoire. En outre, la COMCO peut donner son avis dans le cas d'un litige seulement sous la condition que le tribunal l'y invite. La COMCO ne dispose donc d'aucun moyen de contrainte, ce qui amène von Büren (2001) à dire qu'en adoptant la LMI, le législateur a renoncé à trancher clairement entre le marché intérieur et la souveraineté cantonale. Aujourd'hui, la COMCO réclame le droit de recours en matière de marchés publics (OPCA 2002) et l'obligation pour les cantons de lui soumettre des projets de loi.

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

Le contrôle de la mise en oeuvre reste donc généralement faible au niveau cantonal. Par conséquent, nous nous focalisons plutôt sur les ressources humaines, financière et organisationnelles investies dans *l'information, la formation et le conseil des entités adjudicatrices dans l'analyse de l'organisation administrative*. La forme la plus "poussée" d'encadrement dans les procédures d'adjudication constitue probablement la nomination de collaborateurs spécialisés. Alors qu'un "délégué cantonal en matière de marchés publics" a été nommé dans le canton de Genève, ce degré de spécialisation reste rare ailleurs. Dans le plupart des cantons, notamment dans les quatre sélectionnés ici, certains collaborateurs s'occupent de la question des marchés publics parmi d'autres tâches et fonctions.

Néanmoins, nous constatons des différences assez importantes entre les cantons en les comparant selon les critères suivants:

- L'existence d'un organe administratif qui, en cas de besoin, fournit des *conseils juridiques et pratiques* aux entités adjudicatrices.
- L'élaboration et la publication de *documents cantonaux qui guident les adjudicateurs dans la procédure à suivre* (guides pratiques, manuels, etc.).
- L'existence d'*organes permanents spécialisés dans le domaine des marchés publics* (interdépartementaux ou départementaux, composés de fonctionnaires ou de manière paritaire), qui fournissent des conseils pour la mise en oeuvre et qui servent à l'échange d'informations et d'expériences.

Par ailleurs, la Commission marchés publics Confédération-cantons (CMCC), qui réunit des représentants des cantons, de la Conférence des directeurs cantonaux des travaux publics DTAP et de la Confédération, est censée veiller à ce que les engagements internationaux de la Suisse soient respectés. Pour ce faire, elle promeut les échanges de vue au niveau national, elle peut donner des recommandations sur la transposition correcte du droit international et figurer comme intermédiaire en cas de différends. Cependant, elle n'a pas les ressources pour suivre de manière systématique la mise en oeuvre dans les cantons et ses recommandations n'ont aucun caractère contraignant. Alors que le rôle de la CMCC dans la mise en oeuvre du droit des marchés publics est faible jusqu'à ce jour, son importance pourrait augmenter à l'avenir: avec l'adoption du traité bilatéral entre la Suisse et l'UE sur certains aspects du droit des marchés publics, la CMCC se voit attribuer la compétence de dénoncer la violation d'une obligation internationale auprès de l'autorité de surveillance de l'adjudicateur sous forme d'une plainte administrative.

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

- La création d'une *offre de formation des adjudicateurs* par l'administration cantonale.

Les informations obtenues lors des entretiens avec les personnages clés du domaine des marchés publics dans les quatre cantons permettent de comparer les organisations administratives cantonales. Les données récoltées se réfèrent aux années récentes, notamment 2001 et 2002, c'est-à-dire la période qui a également fait l'objet des questionnaires. La comparaison et l'appréciation de l'investissement relatif dans les cantons reste qualitatif, car il n'est pas possible de le chiffrer. Néanmoins, les données cantonales détaillées permettent une comparaison fondée et transparente.

Le tableau suivant présente l'organisation administrative dans les quatre cantons dans l'ordre décroissant selon les ressources allouées à la mise en œuvre de la politique des marchés publics.

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

Tableau 16 : Comparaison des ressources investies dans l'information, la formation et le conseil des adjudicateurs dans les cantons de Berne, Fribourg, Valais et Vaud (jusqu'en 2002)

	Berne	Vaud	Valais	Fribourg
a) Organe de conseil juridique et pratique	Des conseils sont fournis par deux collaborateurs (juriste et économiste) du secrétariat général de la Direction des travaux (BVE).	Le secrétaire général et un collaborateur du Département des infrastructures (DINF) donnent des conseils	Des conseils sont donnés par une collaboratrice juriste du Service des affaires extérieures et du droit économique	Le secrétaire général de la Direction des travaux publics (DTP) fournit des conseils.
b) Documents spécialisés cantonaux pour la procédure d'adjudication des marchés publics	Il existe A) un guide pratique pour l'adjudication des marchés publics, destiné à tous les adjudicateurs cantonaux et B) un document de travail sur l'application correcte de critères écologiques et sociaux dans les procédures d'adjudication.	A) Une partie de chapitre des Directives et règles à usage interne de l'Etat est consacrée au sujet, B) il existe certaines lignes directrices pour des domaines spécifiques et C) Le site Internet vaudois renvoie au Guide romand sur les marchés publics	Il existe A) un guide pratique "Marchés publics, Information 2000 du service des affaires extérieures et de droit économique" et B) un document "Jurisprudence" qui résume les conclusions de jugements cantonaux et fédéraux en la matière.	Il n'existe pas de guide interne destiné à l'administration cantonale ⁹⁸ .

⁹⁸ Par contre, un guide de environ 10 pages a été établi pour les adjudications des communes.

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

	Berne	Vaud	Valais	Fribourg
c) Organes permanents spécialisés de conseil et d'échange d'informations	<p>A) Le "Beirat für das öffentliche Beschaffungswesen" paritaire se réunit 4 à 6x par année depuis 1999.</p> <p>B) La "ERFA-Gruppe öffentliche Beschaffung DIR" inter-départementale se réunit 1-2x par année depuis 2002.</p> <p>C) La "ERFA-Gruppe öffentliche Beschaffung BVE" départementale se réunit 2 à 4x par année depuis 2001.</p>	<p>La "Commission consultative" composée de 7 membres de l'économie et des syndicats et de 7 membres de l'administration se réunit 1 à 2x par année depuis 1998.</p>	<p>Il n'existe pas d'organes permanents spécialisés.</p>	<p>Il n'existe pas d'organes permanents spécialisés⁹⁹.</p>

⁹⁹ Récemment (janvier 2003), le canton de Fribourg a créé un centre de compétence à la Direction de l'aménagement, de l'environnement et des constructions (ancienne DTP). Chaque direction a désigné un responsable marchés publics. Chaque service adjudicateur a également désigné un tel responsable. Toutes ces personnes constituent un réseau d'échange d'informations et d'expériences qui se réunira environ 2 fois par année.

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

	Berne	Vaud	Valais	Fribourg
d) Offre en formation des adjudicateurs	La direction des travaux publics organise – en fonction de la demande – des séminaires facultatifs, ouverts à tous les fonctionnaires cantonaux (en moyenne 1x par année).	Le secrétariat général du DINF organise A) 2x par année des séminaires facultatifs pour l'administration cantonale et B) un cours CEP pour l'administration cantonale et communale ¹⁰⁰	L'administration cantonale organise 1x par année un cours sur les marchés publics facultatif, ouvert à toute personne confrontée à l'application du droit des marchés publics.	Des cours spécialisés n'ont pas été organisés par l'administration cantonale (certains milieux professionnels ont organisé des conférences ouvertes aux fonctionnaires cantonaux).

Source: entretiens I, II, III, IV, annexe 1

Sur la base des informations relatives à l'organisation administrative présentées ci-dessus, nous identifions que *Berne a investi le plus de ressources administratives (notamment humaines et organisationnelles) dans la mise en oeuvre, suivie par le canton de Vaud, le Valais et le canton de Fribourg* qui, jusqu'en 2002, a investi moins dans l'information, la formation et l'encadrement des adjudicateurs. Une *comparaison plus détaillée motive et justifie ce classement*: En ce qui concerne la *disponibilité de conseillers juridiques et pratiques*, les cantons présentent une image très similaire qui – à part dans le canton de Valais – met en évidence le rôle clé que jouent les secrétariats généraux des départements cantonaux des travaux dans l'application du droit des marchés publics. Ils sont souvent le seul organe qui fournit des conseils pour l'ensemble de l'administration cantonale. Une image légèrement plus contrastée se présente au niveau de la *documentation spécialisée que les administrations cantonales mettent à disposition des entités adjudicatrices*. Ce sont notamment les cantons de Berne et Valais qui ont élaboré des guides pratiques généraux ainsi que des documents supplémentaires con-

¹⁰⁰ Par ailleurs, le DINF participe en 2003 à la mise sur pied d'un cours "marchés publics" pour les mandataires avec la SIA et les autres cantons romands, destiné aussi bien aux mandataires privés qu'aux membres des administrations (deux sessions de trois jours prévues en 2003 dans le canton de Vaud).

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

cernant des questions plus spécifiques¹⁰¹. Le canton de Vaud a également investi dans le développement d'indications pratiques pour les adjudicateurs, au moyen des directives administratives cantonales, de la collaboration pour le guide romand et de l'instauration précoce d'un site Internet qui comprenait également la documentation complète ainsi qu'un espace "forum" où tout utilisateur pouvait poser des questions pratiques ou juridiques concernant le sujet, et obtenir une réponse du DINF¹⁰². *Les différences les plus importantes entre les cantons se trouvent au niveau de la création d'organes permanents spécialisés* servant à l'échange d'informations et d'expériences. Dans le canton de Berne, trois organes existent, un au niveau de la Direction des travaux publics, un autre au niveau interdépartemental. De plus, un troisième organe, composé de représentants de l'administration, des soumissionnaires, du patronat et des syndicats assure le lien avec la pratique. La création de ces organes aux différents niveaux représente un investissement important en temps et en ressources humaines pour assurer un certain "monitoring" des pratiques d'adjudication. Par contre, dans aucun des autres cantons, un groupe d'échange d'informations à l'intérieur de l'administration a été créé. Or, le canton de Vaud a instauré en 1998 une commission consultative de 15 membres, présidée par le chef du DINF, qui conseille le gouvernement sur les questions de mise en oeuvre et de législation. La commission peut examiner toute question relative aux marchés publics. Cependant, elle se réunit plus rarement que le "Beirat" bernois.

Finalement, des différences – bien que moins importantes – apparaissent aussi au niveau de *l'offre en formation des adjudicateurs cantonaux*. Fribourg est le seul canton qui n'a jamais organisé de formation spécifique pour ses fonctionnaires,

¹⁰¹ Documents "Guide pour l'adjudication de marchés publics dans le canton de Berne" et "Prix et développement durable dans les soumissions de génie civil" publiés par la Direction des travaux publics, des transports et de l'énergie du canton de Berne, ainsi que "Marchés publics, Information 2000 du service des affaires extérieures et de droit économie" et "Jurisprudence" publiés par l'Etat de Valais (www.vs.ch / Actualités / Publications cantonales / Adjudications).

¹⁰² Il est intéressant de noter que le canton de Vaud – dont la législation ne prévoyait pas la publication électronique des marchés – a instauré ce site Internet, alors que cela n'était pas fait dans le canton du Valais, bien que l'ordonnance cantonale sur les marchés publics prescrivait la publication électronique dès 1998.

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

alors que de tels cours et séminaires ont lieu régulièrement une ou deux fois par année dans les trois autres cantons.

Si nous confrontons ce résultat aux indicateurs de la capacité administrative des cantons (cf. ci-dessus p. 93), il apparaît que *l'évidence empirique tend à confirmer le lien entre la taille ou la capacité administrative des cantons et les ressources investies dans l'information, la formation et l'encadrement des adjudicateurs (H5a)*. En effet, ce sont les deux grands cantons, Berne et Vaud qui ont assumé un investissement comparativement plus important que les deux cantons de taille plutôt moyenne, Valais et Fribourg. Ce résultat soutient l'affirmation que les grands cantons sont mieux à même de mettre à disposition une organisation administrative qui tend à faciliter le changement politique requis par les réformes internationales et nationales dans le domaine des marchés publics¹⁰³.

Bien que l'évidence empirique a donc tendance à confirmer l'hypothèse H5a, il convient de *nuancer ce résultat*, parce qu'il est basé sur l'analyse de seulement quatre cantons et que nous n'avons notamment pas pu récolter des informations concernant les "petits" cantons. En outre, il faut relativiser le résultat parce que nous avons mesuré la capacité administrative au moyen d'indicateurs financiers, alors que certaines mesures de mise en œuvre ne représentent pas forcément un grand investissement financier (p.ex. la création d'un organe d'échange d'expériences au niveau départemental). En plus, on constate également que le canton de Valais a investi plus de ressources que le canton de Fribourg dans la formation des fonctionnaires et l'élaboration de documents pratiques, alors que les deux cantons sont d'une taille similaire. *La capacité administrative du canton n'explique donc certes pas tout et d'autres facteurs tels que la volonté politique interviennent dans les décisions sur l'organisation administrative*. Finalement, il est difficile d'opposer clairement les facteurs de ressources à la volonté politique. Alors qu'il faut clairement une volonté politique importante pour investir beaucoup de ressources administratives dans les cantons de taille moyenne et faible, ces inves-

¹⁰³ L'exemple du canton de Zurich – également un canton à capacité administrative importante – va dans le même sens: ce canton a également élaboré un manuel d'adjudication, organisé la formation des fonctionnaires et créé une commission cantonale pour les marchés publics qui réunit des représentants de toutes les directions et de la Chancellerie (Lang 1999: 14).

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

tissements ne vont pas non plus de soi dans les grands cantons. Là aussi, il faut une volonté politique de "monitorer" la mise en oeuvre. Or, la disponibilité d'un grand appareil administratif hautement spécialisé et professionnalisé facilite sans doute ces investissements. Dans ce sens, il est peut-être plus facile de rassembler la volonté politique nécessaire dans un canton à capacité administrative importante.

Comme nous ne nous situons pas dans une perspective normative, le classement des cantons ne sert pas à juger si ces derniers ont instauré une organisation administrative bonne ou mauvaise, suffisante ou insuffisante. Nos résultats indiquent plutôt qu'il est probablement tendanciellement plus difficile pour les cantons à capacité administrative "moyenne" et – à fortiori – "faible" que pour les "grands" cantons de mettre en place une organisation administrative qui permet une information, une formation et un encadrement conséquents de l'ensemble des entités adjudicatrices¹⁰⁴. Cela signifie plus généralement que *si une réforme internationale exige un changement rapide et important des politiques cantonales, l'hétérogénéité intercantonale en termes de ressources pourrait constituer un problème*.

Or, c'est peut-être justement à cause de la relative faiblesse de certains cantons au niveau des ressources qu'une collaboration relativement importante s'est établie au niveau intercantonal pour l'échange d'informations et d'expériences. On peut mentionner dans ce contexte la Commission marchés publics Confédération-cantons (CMCC) (cf. note 94 ci-dessus), le Forum Marchés publics au sein de la DTAP et l'Association suisse des marchés publics. Tous ces organes servent de lieu de rencontres et d'échange pour les praticiens cantonaux (pour plus de détails, cf. Lang 1999 et Schnellmann 2000). Similairement, l'association simpap.ch et des organes régionaux tels que la Conférences romandes des travaux publics assument des fonctions similaires. Or, on peut douter si ces organes intercantonaux constituent vraiment un équivalent à des organes spécialisés au niveau cantonal, car ils ne permettent pas d'intégrer directement un grand nombre de fonctionnaires

¹⁰⁴ Ou alors les cantons plus petits ont besoin de plus de temps pour la mise en oeuvre: cf. la création récente d'un groupe d'échange d'expériences à Fribourg.

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

cantonaux concernés. Des "relais" cantonaux internes sont donc sans doute un avantage.

5.3.3. Diversité intercantonale et intracantonale dans la pratique d'adjudication

Dans cette étape d'analyse, nous testons s'il existe un lien entre l'investissement d'un canton dans l'information, la formation et l'encadrement des adjudicateurs et le degré d'ouverture et de transparence de la pratique d'adjudication (H5b). Le concept d'"ouverture effective – pratique d'adjudication" désigne *la facilité d'accès aux marchés publics cantonaux pour tout soumissionnaire potentiel, cantonal, extra-cantonal ou étranger*. Cet indicateur se distingue du résultat (outcome en termes d'évolution des prix et du niveau de concurrence sur le marché) par le fait qu'il n'englobe que des *aspects que les entités adjudicatrices peuvent elles-mêmes influencer*¹⁰⁵. Il est clair que l'hypothèse H5b, qui postule un tel lien entre l'investissement dans l'organisation administrative et le degré d'ouverture de la pratique d'adjudication cantonale, repose sur une *idée sous-jacente discutable*, car il se pourrait aussi que les documents d'information ou les formations cantonales enseignent aux adjudicateurs non pas comment ils peuvent faciliter le plus possible l'accès de tous les soumissionnaires aux marchés cantonaux, mais comment ils peuvent exploiter le plus possible les marges de manoeuvre que laissent l'AIMP et la LMI pour favoriser les candidats locaux. Cependant, nous partons dans cette analyse du postulat inverse selon lequel plus les adjudicateurs

¹⁰⁵ Le concept tente de mesurer le degré d'ouverture de la pratique *indépendamment de la question de la légalité*. En effet, les lois et dispositions de procédure cantonales laissent en général une marge de manoeuvre très importante aux entités adjudicatrices, en imposant surtout des exigences minimales. La publication est, par exemple, souvent exigé "au minimum" dans la feuille cantonale, alors que l'adjudicateur est libre de publier le marché également dans la FOSC ou sur la page Internet du service. Ou alors les normes exigent la publication des critères d'aptitude "au minimum" dans les documents d'appel d'offre. Une entité adjudicatrice qui veut favoriser la transparence est cependant libre de les publier dans l'appel d'offres même, etc. Dans ce sens, même une pratique d'adjudication comparative peu ouverte peut être parfaitement conforme aux bases légales. Notre analyse ne comporte donc pas de jugement de valeur sur le caractère légal ou illégal d'une pratique donnée.

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

sont sensibilisés et formés, plus ils adopteront une pratique qui encourage la concurrence et l'accès non discriminatoire des entreprises aux marchés cantonaux.

Un objectif secondaire de cette analyse – à part le test des hypothèses - est de présenter les pratiques administratives et leurs différences, parce qu'il y a à l'heure actuelle une absence quasi totale de telles informations comparatives et systématiques.

5.3.3.1 Mesurer le degré d'ouverture et de transparence de la pratique d'adjudication

Pour l'opérationnalisation de l'"ouverture effective – pratique d'adjudication", nous nous basons sur les analyses des *publications d'appels d'offres* dans les bulletins officiels des cantons (notamment pour la période du premier semestre 2002), ainsi que sur les *questionnaires* envoyés aux entités adjudicatrices cantonales en charge des routes nationales (RN), des routes cantonales (RC), des marchés du bâtiment (BAT) et des achats en matériel informatique (INFO)¹⁰⁶. Ces quatre entités adjudicatrices donnent une image assez représentative de la pratique cantonale: le recensement des appels d'offres dans les bulletins officiels a montré que dans tous les cantons, entre 75% et 100% des publications proviennent des domaines du génie civil et du bâtiment.

Sur la base des réponses aux questionnaires et des publications d'appels d'offres, nous avons défini *13 indicateurs du degré d'ouverture et de transparence de la pratique cantonale*, dont les 9 premiers relèvent des questionnaires (différenciés

¹⁰⁶ Tous les adjudicateurs (cf. annexe 6) ont complété les questionnaires, mais certains n'ont pas pu répondre à toutes les questions, notamment parce qu'ils ne disposaient pas des statistiques nécessaires concernant le nombre et la valeur des marchés publics qu'ils ont adjudgé au cours des deux dernières années.

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

selon les entités adjudicatrices), alors que les quatre derniers relèvent du bulletin officiel et s'appliquent donc globalement au canton¹⁰⁷:

1. Le nombre d'organes au niveau cantonal et supérieur dans lesquels les appels d'offre sont publiés.
2. Le nombre de langues dans lesquelles les offres peuvent être soumises.
3. L'utilisation des critères d'adjudication suivants: "mise à disposition de places d'apprentissage", "connaissance des conditions locales d'exécution du marché", "connaissance de la langue parlée au lieu de l'exécution du marché". En effet, les critères d'adjudication doivent se référer clairement aux caractéristiques économiques du marché en question (contrairement aux critères d'aptitude qui se réfèrent à l'entreprise elle-même). Comme ces trois critères ne sont pas liés à ces caractéristiques économiques (ce sont des critères appelés "étrangers") et qu'ils peuvent avoir un effet favorisant les soumissionnaires locaux, leur application est jugée problématique en termes d'ouverture.
4. La fréquence à laquelle ces critères "étrangers" (cf. ci-dessus indicateur 4) sont appliqués. L'indicateur contrôle si les critères problématiques sont utilisés systématiquement ou ponctuellement.
5. Le poids attribué aux critères "étrangers" (cf. ci-dessus indicateur 4). Nous vérifions si un ou plusieurs de ces critères figurent parmi les 5 critères d'adjudication les plus importants.
6. La manière dont les critères d'adjudication sont généralement pondérés. Une pondération en pourcentages est plus transparente et réduit le risque de manipulation.
7. Le taux de marchés qui sont attribués à des entreprises figurant sur des listes permanentes de soumissionnaires qualifiés. Ces listes sont établies au niveau cantonal et risquent ainsi de constituer un avantage pour les entreprises locales.

¹⁰⁷ La définition de tels indicateurs est certes toujours discutable et leur choix contient par définition un part d'appréciation subjective. Cependant, les indicateurs définis nous paraissent pertinents parce que les adjudicateurs ont la possibilité de les influencer. En outre, nous avons défini un nombre relativement important d'indicateurs pour ne pas surévaluer le poids d'un aspect spécifique de la pratique.

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

8. L'importance accordée au critère du prix. Le prix est le critère le plus transparent et son application correspond à l'objectif d'utilisation économe des deniers publics.
9. Les "chances" qu'ont les soumissionnaires non locaux de gagner un marché public pour lequel ils postulent. Cet indicateur représente la différence entre le pourcentage moyen d'offres extra-cantoniales que l'adjudicateur reçoit en réponse à un appel d'offre, et le pourcentage de marchés qu'il adjuge effectivement à des soumissionnaires extra-cantonaux.
10. La publication ou non des critères d'aptitude dans les appels d'offres.
11. La publication ou non des critères d'adjudication dans les appels d'offres.
12. Le prix respectivement la gratuité des documents d'appel d'offres.
13. Le nombre de fois qu'un appel d'offres est publié dans le bulletin officiel cantonal.

Etant donné le nombre important de données à traiter, nous avons *codé les informations sur une échelle de 0 à 3, qui va d'un degré d'ouverture et de transparence maximale à une pratique plus fermée. Les 13 indicateurs individuels sont ensuite agrégés dans un indicateur synthétique moyen. Plus la valeur de l'indicateur synthétique est donc élevée, moins la pratique est ouverte et transparente* (l'opérationnalisation exacte des questions est motivée et présentée dans l'annexe 7). Une telle codification des réponses a l'avantage de permettre de traiter un grand nombre d'informations, d'agréger les réponses et de les comparer de manière systématique. Cependant, la méthode est aussi par définition réductrice et elle risque de "masquer" des nuances importantes. Il importe donc de discuter de manière plus détaillée les résultats obtenus pour chaque canton.

5.3.3.2 Diversité et similitudes dans les pratiques d'adjudication cantonales

Avant d'entrer en détail sur la pratique d'adjudication dans chaque canton, nous donnons dans le tableau suivant un aperçu global et comparatif des scores moyens des cantons dans l'ordre croissant.

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

Tableau 17: Pratique d'adjudication dans les cantons – présentation générale

Indicateurs	Berne	Fribourg	Vaud	Valais
N° de sources de publication	3.0	1.5	1.1	2.3
N° de langues admises pour les offres	2.6	3.0	3.0	2.6
Utilisation de critères d'adjudication "étrangers"	1.0	2.3	2.0	2.3
Fréquence des critères d'adjudication "étrangers"	1.4	2.3	1.8	1.2
Poids des critères d'adjudication "étrangers"	0.4	0.8	0.4	0.4
Méthode de pondération	0.8	0.0	1.5	0.0
Utilisation des listes permanentes	0.1	0.3	1.0	3.0
Importance du critère "prix"	0.2	0.7	0.5	0.9
Adjudications à des candidats extra-cantonaux	1.5	0.7	0.7	0.8
Publication des critères d'aptitude	0.0	3.0	2.0	3.0
Publication des critères d'adjudication	0.0	3.0	3.0	3.0
Frais pour les soumissionnaires	0.0	1.0	2.0	3.0
Publication à plusieurs reprises	1.0	3.0	3.0	2.0
Moyenne	0.92	1.65	1.69	1.87
Ecart-type (entre les entités adjudicatrices)	0.23	0.12	0.56	0.29

Pratique d'adjudication: échelle de 0 à 3 (0: pratique la plus "ouverte", 3: pratique la plus "fermée")

Selon l'indicateur de la pratique d'adjudication, le canton de Berne a tendanciellement la pratique la plus ouverte et transparente (0.92), suivi des trois autres cantons qui sont relativement proches en ce qui concerne leurs moyennes glo-

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

bales (1,65; 1,69;1,87)¹⁰⁸. En vue de notre hypothèse H5b, ce résultat ne confirme que partiellement les attentes. Alors que *les pratiques d'adjudication de Berne et du Valais semblent plutôt correspondre à leur investissement respectif en ressources, ce sont notamment les cas de Fribourg et de Vaud qui contredisent l'hypothèse d'un lien direct et "simple" entre l'organisation administrative et la pratique d'adjudication et de publication*. Il semble que l'investissement de ressources dans la formation et l'information ne mène pas nécessairement à une pratique très ouverte et libérale et vice versa. Alors que le canton de Vaud et dans une moindre mesure le canton de Valais ont investi bien plus de ressources dans le "monitoring" des adjudications que Fribourg, ce dernier canton fait preuve d'une ouverture similairement importante. En outre, un premier aperçu des indicateurs individuels montre *qu'une analyse plus détaillée du profil individuel de chaque canton est nécessaire* : alors que des différences importantes existent certes sur les critères concernant les publications d'appels d'offre dans les feuilles cantonales, où Berne est plus transparent que les autres cantons, les variations sont peu systématiques sur les autres critères. La nécessité d'une analyse plus poussée apparaît aussi si on regarde l'écart-type calculé sur les moyennes des quatre entités adjudicatrices, car ceux-ci divergent fortement. Alors que les quatre entités adjudicatrices fribourgeoises semblent avoir une pratique très homogène (0,12), l'image est inverse pour le canton de Vaud (0,56).

La présentation plus détaillée des résultats pour chaque canton permet par la suite de discuter de manière plus nuancée le lien entre l'organisation administrative et la pratique d'adjudication. Les interprétations restent forcément un peu spéculatives, car il aurait fallu interviewer également chaque entité adjudicatrice pour véritablement identifier les raisons précises pour lesquelles elles adoptent une certaine pratique, ce qui aurait dépassé le cadre de ce travail. Néanmoins, les données récoltées permettent d'identifier et d'interpréter plus clairement les similitudes et spécificités cantonales.

¹⁰⁸ Si on calcule la moyenne cantonale uniquement sur les 9 premiers indicateurs provenant des quatre entités adjudicatrices analysées, les quatre cantons auraient des moyennes très similaires, parce que Berne se démarque surtout par une pratique de publication plus transparente que les autres cantons. L'indicateur global nous paraît par contre plus pertinent, parce que la pratique de publication est particulièrement importante pour la transparence des procédures.

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

La pratique d'adjudication dans le canton de Berne:

Tableau 18: Ouverture effective – pratique d'adjudication: canton de Berne

Indicateurs	RN	RC	BAT	INFO	moy.
N° de sources de publication	3	3	3	3	3
N° de langues admises pour les offres	3	3	1.5	3	2.63
Utilisation de critères d'adjudication "étrangers"	0	1	2	1	1
Fréquence des critères d'adjudication "étrangers"	0	1	1.5	3	1.38
Poids des critères d'adjudication "étrangers"	0	0	1.5	0	0.38
Méthode de pondération	1.5	0.38	1.5	0	0.84
Utilisation des listes permanentes	0	0.25	0	3	0.81
Importance du critère "prix"	0	0.5	0		0.17
Adjudications à des candidats extra-cantonaux	2	1.5		1	1.5
Moyenne	1.06	1.18	1.4	1.75	
Publication des critères d'aptitude					0
Publication des critères d'adjudication					0
Frais pour les soumissionnaires					0
Publication à plusieurs reprises					1
Moyenne générale					1
Ecart-type (entre les entités adjudicatrices)					0.3

Pratique d'adjudication: échelle de 0 à 3 (0: pratique la plus "ouverte", 3: pratique la plus "fermée")

RN: Routes nationales, RC: routes cantonales, BAT: bâtiment, INFO: matériel informatique. Les valeurs pour les routes cantonales représentent les moyennes des quatre Oberingenieurkreise. Les moyennes individuelles de ces adjudicateurs sont les suivantes: OIK I: 1.22; OIK II: 1.11, OIK III: 1.25; OIK IV: 1.28;

Plusieurs indicateurs reflètent une *pratique d'adjudication globalement transparente et ouverte*: Premièrement, les adjudicateurs utilisent seulement dans une mesure très limitée les *critères d'adjudication étrangers* aux caractéristiques économiques du marché. Les critères de connaissance linguistique et de formation

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

d'apprentis sont rarement appliqués par les adjudicateurs du bâtiment et des routes cantonales. Ce n'est que l'adjudicateur dans le domaine de l'informatique qui signale utiliser toujours le critère "connaissance des conditions locales", alors que de nombreux autres adjudicateurs bernois nous ont même rendus attentifs au fait que l'utilisation de ce critère serait à leur connaissance illégale. En somme, les critères problématiques n'ont que très peu de poids, surtout dans le domaine du génie civil (RN et RC). Deuxièmement, le canton a une *pratique très libérale de publication*. Les marchés sont généralement (50-75% des cas) publiés à deux reprises et mentionnent les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans l'ordre d'importance. Dans 20% des publications, même la pondération en pourcentages de ces critères est publiée. A partir de 2003, la pondération en pourcentages est exigée généralement. Troisièmement, les autorités bernoises *utilisent très rarement des listes permanentes d'adjudicateurs qualifiés*, de sorte que toutes les entreprises soumissionnent à chaque fois sous les mêmes conditions de départ. C'est uniquement l'adjudicateur en matériel informatique qui utilise toujours de telles listes. Finalement, *la pratique libérale se reflète également dans l'importance du critère du prix qui est décisif dans environ 85% des adjudications, et dans la gratuité des documents d'appel d'offres*. Des frais pour ces documents sont demandés dans moins de 10% des cas. Or, lorsqu'ils sont exigés, ils sont relativement élevés et se montent en moyenne à 210 francs.

A part ces indices d'une pratique très libérale, nous constatons aussi certaines pratiques qui comparativement ne sont pas très ouvertes : les adjudicateurs bernois ne publient en général que dans la feuille officielle cantonale¹⁰⁹ et les offres ne sont admises que dans une langue (sauf dans le service des bâtiments qui accepte les offres en français et allemand). En outre, les chances des soumissionnaires extra-cantonaux d'être gagnants quand ils postulent pour un marché sont généralement inférieures à celles constatées dans les autres cantons: l'écart entre le pourcentage d'offres extra-cantonaux soumises et le pourcentage de gagnants extra-cantonaux est dans certaines entités adjudicatrices supérieur à 10% (RN, OIK I et OIK II). Cependant, il faut interpréter prudemment cet indicateur,

¹⁰⁹ Par contre, beaucoup de marchés, notamment pour les routes cantonales, sont également publiés dans la feuille officielle du district (Amtsblatt) ou dans des organes spécialisés (Baublatt).

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

parce que dans les autres cantons, les taux de soumissionnaires extra-cantonaux sont parfois inférieur à 10%, de telle sorte que l'écart est par définition limité (pour plus de détails sur le degré de concurrence, cf. ci-dessous, 4.3.4.)¹¹⁰.

En somme, on peut dire que *les ressources importantes investies dans la formation et l'information des adjudicateurs coïncident avec une pratique d'adjudication généralement très ouverte et transparente*, notamment au niveau des publications et de la non-utilisation des critères "étrangers" et des listes permanentes. Il semble aussi que l'existence d'organes de coordination horizontale entre les adjudicateurs du département des travaux publics (ERFA-Gruppe öffentlichen Beschaffungswesen BVE, cf. p. 103) ait mené à une pratique relativement homogène entre les services. Par rapport à ces trois entités adjudicatrices du génie civil et du bâtiment, l'adjudicateur en matériel informatique constitue un cas un peu à part, avec une pratique considérablement plus fermée (1,75). La fermeture résulte notamment de l'utilisation du critère de connaissance des conditions locales d'exécution et des listes permanentes. Par ailleurs, cet adjudicateur indique qu'il mène toujours des négociations de prix, alors que de telles négociations sont en principe interdites dans les cantons. Cette pratique considérablement moins ouverte et transparente indique probablement une information insuffisante de l'entité adjudicatrice sur les nouvelles dispositions. Par conséquent, la création d'un organe permanent d'échange d'informations interdépartemental (ERFA-Gruppe öffentlichen Beschaffungswesen DIR, cf. p. 103) pourrait s'avérer bénéfique pour l'information des adjudicateurs moins souvent concernés par les marchés publics que ceux de la direction des travaux publics, et elle pourrait permettre au canton de Berne d'arriver à une pratique encore plus ouverte et transparente.

¹¹⁰ En général, le pourcentage de soumissionnaires extra-cantonaux est plus élevé à Berne que dans les autres cantons (en moyenne de 35% à Berne, alors que les autres cantons se situent environ entre 10 et 25%). Il est possible que la pratique de publication libérale et transparente (publication des critères) contribue à cette pénétration relativement élevée du marché bernois par des entreprises non locales.

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

La pratique d'adjudication dans le canton de Fribourg:

Tableau 19: Ouverture effective – pratique d'adjudication: canton de Fribourg

Indicateurs	RN	RC	BAT	INFO	moy.
N° de sources de publication	1.5	1.5	1.5	1.5	1.5
N° de langues admises pour les offres	3	3	3	3	3
Utilisation de critères d'adjudication "étrangers"	2	1	3	3	2.25
Fréquence des critères d'adjudication "étrangers"	2	3	2.3	2	2.33
Poids des critères d'adjudication "étrangers"	1	0		1.5	0.83
Méthode de pondération	0	0	0	0	0
Utilisation des listes permanentes	0	0	0	1	0.25
Importance du critère "prix"	1	1		0	0.67
Adjudications à des candidats extra-cantonaux		1	0	1	0.67
Moyenne	1.31	1.17	1.40	1.44	
Publication des critères d'aptitude					3
Publication des critères d'adjudication					3
Frais pour les soumissionnaires					1
Publication à plusieurs reprises					3
Moyenne générale					1.65
Ecart-type (entre les entités adjudicatrices)					0.12

Pratique d'adjudication: échelle de 0 à 3 (0: pratique la plus "ouverte", 3: pratique la plus "fermée")

RN: Routes nationales, RC: routes cantonales, BAT: bâtiment, INFO: matériel informatique

En moyenne, les adjudicateurs fribourgeois ont une pratique plus fermée que les adjudicateurs bernois. Or, celle-ci est considérablement plus *homogène* entre les entités adjudicatrices que dans tous les autres cantons: l'écart-type entre les moyennes des entités adjudicatrices n'est que de 0,12 (comparé à 0,23 pour Berne, 0,29 pour le Valais et 0,56 pour Vaud). *Cette homogénéité sur un niveau relativement ouvert contraste avec l'investissement faible dans la formation et l'information des adjudicateurs.* La publication tant dans la FOSC que dans la

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

feuille cantonale, la pondération systématique des critères d'adjudication en pourcentages, l'utilisation très rare de listes permanentes, l'importance du critère de prix et la quasi-gratuité des documents d'appel d'offre reflètent la *pratique ouverte et transparente* dans l'ensemble des entités adjudicatrices analysées. Cependant, on constate aussi que certains adjudicateurs, notamment dans les routes nationales, le bâtiment et l'informatique, *utilisent assez fréquemment des critères étrangers, en leur attribuant pourtant un poids relativement faible* : tous les quatre services utilisent souvent ou toujours le critère de la création de places d'apprentissage. De surcroît, l'adjudicateur du bâtiment impose toujours la connaissance des conditions locales d'exécution et l'adjudicateur en matériel informatique inclut souvent les connaissances locales et linguistiques. Par ailleurs, la *pratique de publication est généralement peu transparente*. Ni les critères d'aptitude, ni les critères d'adjudication sont généralement publiés. Il apparaît aussi que le canton publie de moins en moins ses marchés à plusieurs reprises. Alors que dans les six premiers mois de l'année 2000, 71% des marchés ont paru deux fois, ceci est le cas uniquement pour 11% des marchés entre janvier et juin 2002. Un autre constat s'impose, qui contraste avec la pratique relativement ouverte des adjudicateurs, et qui est peut-être lié à l'investissement assez faible en ressources administratives: le canton de Fribourg présente, parmi les quatre cantons, *de loin le moins de publications de marchés entre janvier et juin 2002*. Seulement 19 appels d'offres ont paru, tandis que ce chiffre se situe entre 57 et 90 pour les trois autres cantons (cf. ci-dessous, 4.3.4.). Il est surtout intéressant de noter que *les trois adjudicateurs de génie civil (RN et RC) et du bâtiment totalisent l'ensemble de ces appels d'offres. Aucune autre entité adjudicatrice n'a publié un appel d'offres durant la période analysée*, alors que dans les autres cantons, entre 6 et 14 entités adjudicatrices publient et entre 14 et 27 % des marchés sont adjugés par des entités autres que celles du génie civil et du bâtiment. Bien que nous ne sommes pas en mesure d'évaluer si l'absence d'appels d'offres de la part d'autres entités adjudicatrices relève du fait qu'ils n'avaient pas de marchés d'une valeur supérieure aux seuils pour les procédures ouvertes et sélectives, il nous semble néanmoins possible que les autres services administratifs, traditionnellement moins touchés par l'adjudication de marchés que ceux du Département des travaux publics, connaissent relativement mal la nouvelle législation et qu'il pourrait exister un risque qu'ils ne l'appliquent par conséquent pas toujours. Dans ce sens, le faible nombre de publications pourrait éventuellement aussi résulter d'une

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

non-application des dispositions législatives par certaines entités adjudicatrices. Si cette hypothèse s'avérait pertinente, une telle méconnaissance des exigences législatives pourrait résulter d'un manque d'investissement dans la diffusion de l'information et dans la formation que nous avons constaté ci-dessus. Alors que les entités adjudicatrices du génie civil et du bâtiment se sont arrangées pour développer elles-mêmes cette pratique¹¹¹, il se pourrait que le reste de l'administration cantonale soit pour l'instant trop faiblement impliqué dans l'ouverture des marchés publics. La création du groupe interdépartemental en 2003 pourrait amener une amélioration de cette situation par une meilleure diffusion de l'information au sein de l'ensemble de l'administration.

En somme, le cas fribourgeois infirme en quelque sorte l'hypothèse H5b sur le lien entre l'investissement global en ressources administratives et le degré d'ouverture et de transparence de la pratique, parce que les adjudicateurs ont globalement une pratique relativement ouverte et homogène. Néanmoins, d'autres indicateurs ont tendance à confirmer cette hypothèse: l'application fréquente des critères étrangers et la non publication des critères dans les appels d'offre, par exemple, diminuent la transparence. En plus, le lien postulé par H5b semble apparaître le plus clairement dans l'absence de publications d'appels d'offres par d'autres adjudicateurs que ceux du génie civil et du bâtiment. Cette absence pourrait indiquer une diffusion insuffisante d'information et un manque d'investissement dans la formation.

¹¹¹ Le Bureau des autoroutes a par exemple élaboré des listes de critères d'adjudication possibles et des grilles internes de pondération et d'évaluation.

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

La pratique d'adjudication dans le canton de Vaud:

Tableau 20: Ouverture effective – pratique d'adjudication: canton de Vaud

Indicateurs	RN	RC	BAT	INFO	moy.
N° de sources de publication	0	1.5	1.5	1.5	1.13
N° de langues admises pour les offres	3	3	3	3	3
Utilisation de critères d'adjudication "étrangers"	2	1	3	2	2
Fréquence des critères d'adjudication "étrangers"	1.5	1	2.3	2.5	1.83
Poids des critères d'adjudication "étrangers"	0	0	1.5	0	0.38
Méthode de pondération	3	0	3	0	1.5
Utilisation des listes permanentes	1	0	3	0	1
Importance du critère "prix"	0	0	1	1	0.5
Adjudications à des candidats extra-cantonaux	0	1	1		0.67
Moyenne	1.17	0.83	2.14	1.25	
Publication des critères d'aptitude					2
Publication des critères d'adjudication					3
Frais pour les soumissionnaires					2
Publication à plusieurs reprises					3
Moyenne générale					1.69
Ecart-type (entre les entités adjudicatrices)					0.56

Pratique d'adjudication: échelle de 0 à 3 (0: pratique la plus "ouverte", 3: pratique la plus "fermée")

RN: Routes nationales, RC: routes cantonales, BAT: bâtiment, INFO: matériel informatique

Par rapport au lien postulé par H5b, le cas du canton du Vaud est le plus *atypique*. Bien que le canton a investi d'importantes ressources dans la formation et l'information, dans le développement d'un site Internet, dans la création d'un organe permanent consultatif etc., *certaines entités adjudicatrices font preuve d'une pratique assez fermée*, notamment le service du bâtiment (2,03 en moyenne). Par contre, c'est surtout *l'hétérogénéité importante* entre les services (écart-type de 0,56) qui étonne. En effet, les adjudicateurs dans le domaine des routes (natio-

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

nales et cantonales) ont des pratiques qui sont parmi les plus ouvertes et transparentes des quatre cantons.

En dépit de l'hétérogénéité générale, les entités adjudicatrices présentent aussi certaines *similitudes*. Elles publient toutes leurs marchés dans la feuille officielle et sur Internet (l'adjudicateur des routes nationales les publie en plus dans la FOSC et dans le Journal suisse des entrepreneurs), n'admettent que le français dans la formulation des offres et donnent une importance relativement grande au critère du prix (c'est le critère déterminant dans 75 à 100% pour les marchés de routes nationales et cantonales et dans 50-75% des cas pour le bâtiment et les achats en matériel informatique). En outre, ils ne publient presque jamais les critères d'adjudication (ce qui est contraire à la LMI). Les critères d'aptitude sont publiés dans un peu près 40% des cas et pour près de 70% des appels d'offre, des frais sont demandés par les entités adjudicatrices. Il n'en demeure pas moins que des *différences* importantes existent sur d'autres critères de comparaison: alors que les adjudicateurs dans le domaine des routes utilisent peu souvent les *critères étrangers aux caractéristiques économiques du marché*, le service du bâtiment inclut toujours la création de places d'apprentissage et les connaissances linguistiques parmi les critères d'adjudication et souvent aussi la connaissance des conditions locales d'exécution du marché. Dans le domaine de l'informatique, le critère lié à la langue est toujours utilisé et la connaissance des conditions locales est souvent exigée. En outre, 100% des marchés adjugés par les service du bâtiment vont à des soumissionnaires inscrits sur une *liste permanente*, alors que ces listes sont presque jamais utilisées par les autres entités adjudicatrices. Par ailleurs, le service des bâtiments déclare ne jamais pondérer les critères d'adjudication, ni en pourcentages, ni dans leur ordre d'importance. Etonnamment, l'adjudicateur dans le domaine des routes nationales ne pondère pas non plus les critères, alors que les entités adjudicatrices des domaines des routes cantonales et de l'informatique pondèrent toujours en pourcentages. *Cette hétérogénéité entre les pratiques des différentes entités adjudicatrices est surprenante*, parce qu'il est difficilement imaginable qu'elles ne soient pas toutes suffisamment informées des exigences législatives, *étant donné les ressources que le canton investit dans la mise en oeuvre de l'ouverture des marchés publics*. On peut estimer que l'information a été suffisante et similaire pour l'ensemble des entités adjudicatrices. On doit donc conclure que *d'autres facteurs que l'organisation administrative*

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

expliquent cette hétérogénéité, tels qu'une culture administrative spécifique dans un service ou l'élément de la volonté des fonctionnaires particuliers dans une entité adjudicatrice. Comme le canton ne dispose presque pas de moyens de surveillance et de contrôle, une entité adjudicatrice peut effectivement développer une propre pratique d'adjudication, indépendamment de toute formation et information. Si les autorités cantonales centrales voulaient remédier à cette hétérogénéité – ce qui reste une question politique ouverte, car un canton peut juger l'hétérogénéité tolérable – elles pourraient par exemple créer un organe permanent qui réunit les différents adjudicateurs au sein du Département de l'infrastructure (ou de l'administration entière) et qui servirait de lieu d'échange d'expériences pratiques.

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

La pratique d'adjudication dans le canton de Valais:

Tableau 21: Ouverture effective – pratique d'adjudication: canton de Valais

Indicateurs	RN	RC	BAT	INFO	moy.
N° de sources de publication	3	1.5	1.5	3	2.25
N° de langues admises pour les offres	3	1.5	3	3	2.63
Utilisation de critères d'adjudication "étrangers"	3	2	3	1	2.25
Fréquence des critères d'adjudication "étrangers"	1.3	1	1.3	1	1.15
Poids des critères d'adjudication "étrangers"	0	0	1.5	0	0.38
Méthode de pondération	0	0	0	0	0
Utilisation des listes permanentes	3	3	3	3	3
Importance du critère "prix"	1.5	1	1	0	0.88
Adjudications à des candidats extra-cantonaux	1	1	1	0	0.75
Moyenne	1.76	1.22	1.70	1.22	
Publication des critères d'aptitude					3
Publication des critères d'adjudication					3
Frais pour les soumissionnaires					3
Publication à plusieurs reprises					2
Moyenne générale					1.87
Ecart-type (entre les entités adjudicatrices)					0.29

Pratique d'adjudication: échelle de 0 à 3 (0: pratique la plus "ouverte", 3: pratique la plus "fermée")

RN: Routes nationales, RC: routes cantonales, BAT: bâtiment, INFO: matériel informatique

A la relative faiblesse des ressources investies dans le "monitoring" de l'adjudication des marchés publics en Valais correspond la valeur moyenne la plus élevée sur l'indicateur du degré d'ouverture et de transparence de la pratique d'adjudication. En effet, les entités adjudicatrices partagent certaines pratiques relativement fermées, comme l'application – cependant peu fréquente - des critères étrangers aux caractéristiques économiques des marchés et la non publication des critères d'aptitude et d'adjudication. En outre, dans 94% des appels d'offre, des frais sont demandés pour l'obtention des documents d'appel d'offres. Or, c'est surtout l'uti-

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

lisation prépondérante des listes de soumissionnaires qualifiés qui constitue une particularité de la pratique valaisanne. Au moins 90% des marchés sont adjugés à des entreprises inscrites sur ces listes par toutes les entités analysées. L'adjudicateur des routes cantonales explique qu'un soumissionnaire qui n'est pas inscrit sur une telle liste doit fournir dans chaque procédure d'adjudication tous les documents et attestations nécessaires à une demande d'inscription sur la liste. L'article 6 de l'Ordonnance sur la tenue de listes permanentes du 26 juin 1998 spécifie ces documents et illustre donc la lourdeur des preuves à fournir pour un soumissionnaire extra-cantonal : ainsi, un soumissionnaire doit entre autres fournir les diplômes et certificats des collaborateurs attestant leurs capacités professionnelles, avec les contrats de travail (Art 6, al. 2, lettre b), une déclaration de soumission à la convention collective de travail ou un contrat-type de travail (lettre c), une attestation de la commission paritaire compétente de la branche qui certifie que ce soumissionnaire respecte en tout point les dispositions des conventions collectives de travail et des contrats-types etc. L'application systématique de ces listes par toutes les entités adjudicatrices indique que cette pratique ne résulte pas d'un manque d'information, mais qu'elle constitue une politique délibérée du canton. La lourdeur de cette procédure *explique peut-être entre autres le faible taux – inférieur à 10% - de candidats extra-cantonaux aux procédures d'adjudication* (sauf pour le domaine de l'informatique, où se taux atteint un score très élevé de 90%, pour plus de détails, cf. ci-dessous, 4.3.4.). En outre, les chances de ces soumissionnaires non locaux de se voir adjuger un marché sont proportionnellement inférieures à leur participation aux procédures.

A part la particularité cantonale liée à l'importance des listes de soumissionnaires qualifiés, c'est également une certaine *hétérogénéité entre les moyennes d'ouverture des entités adjudicatrices qui est frappante*. Les adjudicateurs des domaines des routes nationales et du bâtiment ont une pratique en moyenne plus fermée que ceux des domaines des routes cantonales et de l'informatique, ce qui est surtout lié à l'application plus fréquente des critères étrangers aux caractéristiques économiques du marché. En particulier, l'adjudicateur des routes nationales exige souvent la connaissance des conditions locales et le service du bâtiment demande également souvent la création de places d'apprentissage.

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

En conclusion, *l'évidence empirique ne soutient pas un lien direct et clair entre l'investissement en ressources administratives et le degré d'ouverture et de transparence des pratiques d'adjudication (H5b)*. Si ce lien semble être vérifié pour les cantons de Berne et – en partie – le Valais, ce n'est pas le cas en ce qui concerne les deux autres cantons. D'un côté, dans le canton de Fribourg - où relativement peu de ressources ont été investies - certaines entités adjudicatrices ont développé des procédures très ouvertes et standardisées. De l'autre côté, le canton de Vaud a alloué considérablement plus de ressources à la mise en œuvre et n'atteint pas pour autant une pratique homogène et particulièrement transparente. Ce résultat peut découler soit d'une hypothèse sous-jacente fautive, dans le sens que l'information et la formation ne poussent pas forcément les entités adjudicatrices à plus de transparence, soit il découle d'autres facteurs explicatifs de la pratique d'adjudication. *L'hétérogénéité interne* dans les cantons de Vaud – et dans une moindre mesure dans les cantons de Berne et Valais – *nous fait pencher plutôt vers cette deuxième interprétation*. Indépendamment de la formation et de l'information, les entités adjudicatrices peuvent diverger dans leurs pratiques à cause de traditions administratives spécifiques ou à cause de la volonté plus ou moins prononcée de certains fonctionnaires. En raison du poids de ces autres facteurs explicatifs, *une répartition égalitaire des ressources entre cantons ne mènerait donc pas forcément à des pratiques d'adjudication plus transparentes et homogènes. Tant que les cantons ne se dotent pas d'instruments efficaces de surveillance et de contrôle, les pratiques d'adjudication vont sans doute diverger quant à leur ouverture et transparence, tant entre qu'à l'intérieur des cantons*. Cependant, la création de tels instruments de contrôle est à nouveau liée à la volonté politique d'atteindre un degré d'ouverture et de transparence élevé et aussi à la disponibilité de ressources, donc à la taille des cantons. Pour atteindre plus de transparence, l'hétérogénéité intercantonale quant aux ressources pourrait donc effectivement poser un problème. Ceci plaiderait plutôt pour une *surveillance coordonnée et commune au niveau intercantonal*. Le site Internet simap.ch pourrait à terme servir d'instrument pour le développement de tels mécanismes de contrôle.

Il reste à souligner un résultat intéressant supplémentaire : il paraît qu'il *existe un lien entre les ressources investies dans l'information, la formation et l'encadrement d'un côté et la diffusion des nouvelles exigences législatives dans l'administration*

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

de l'autre côté. Dans les deux grands cantons, forts dans l'organisation administrative, un nombre plus important d'entités adjudicatrices autres que celles du génie civil (routes cantonales et nationales) et du bâtiment – qui sont les adjudicateurs "typiques" - ont publié des appels d'offres dans la feuille officielle pendant les premiers six mois de 2002. A Berne, sept services "atypiques" ont publié 14 % des marchés et dans le canton de Vaud, cinq "autres" entités adjudicatrices ont même adjugé 27% des marchés cantonaux. Par contraste, cette diversité est moindre dans le canton de Valais, où seulement trois adjudicateurs " atypiques " sont intervenus, publiant 15% des marchés (dont le 12% par le service des mensurations cadastrales), et surtout à Fribourg, où aucun marché a été publié en dehors des appels d'offres de génie civil et de bâtiment. Sur la base de ce résultat, nous pouvons supposer que *l'organisation administrative a un effet sur la diffusion des nouvelles exigences et que l'investissement dans la formation et l'information contribue à l'application effective du nouveau droit des marchés publics par l'ensemble des entités adjudicatrices cantonales.*

Nos indicateurs montrent que les chances des soumissionnaires extra-cantonaux de gagner des marchés sont relativement bonnes dans les cantons. Or, le taux de pénétration du marché par des candidats non locaux reste généralement faible. Ce constat renvoie à la *dimension "outcome" de l'ouverture effective, c'est-à-dire au degré de concurrence sur les marchés.* Dans la prochaine – et dernière – section, nous donnons un aperçu de cet outcome, qui fournit une idée plus précise du "succès" général de la politique dans les cantons.

5.3.4 Quel résultat des efforts de réforme? Le degré de concurrence et l'évolution du niveau des prix

La libéralisation des marchés publics poursuivait certes les objectifs de favoriser des pratiques plus transparentes et égalitaires dans l'adjudication des marchés publics, mais elle était aussi censée *contribuer à plus de concurrence effective au-delà des frontières cantonales et nationales* et, par conséquent, à une utilisation plus économe des deniers publics, donc une *réduction du niveau des prix sur le marché intérieur.*

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

Dans cette section, nous présentons de manière relativement sommaire des *indicateurs du niveau de concurrence et de l'évolution des prix* qui permettent d'évaluer la mesure dans laquelle ces objectifs sont atteints à ce jour, sachant néanmoins qu'une réforme d'une telle ampleur constitue un processus lent et long et qu'il est sans doute trop tôt pour porter un jugement final sur le succès ou l'échec de la libéralisation des marchés publics par rapport aux objectifs initiaux.

Bien qu'il existe sans doute un lien entre les pratiques d'adjudication cantonales et l'outcome de la réforme, nous ne sommes pas en mesure dans le cadre de ce travail d'évaluer de manière systématique l'effet des pratiques cantonales sur ces résultats, car tant le degré de concurrence que l'évolution du niveau des prix dépendent d'autres facteurs explicatifs (liés à l'ouverture normative, à la conjoncture, à la propension des entreprises de soumissionner en dehors de leur canton, etc.) qu'il est difficile de contrôler. Néanmoins, nos indicateurs de résultat permettent d'identifier les atouts et problèmes principaux de la situation actuelle et peuvent par conséquent être intéressants pour *l'orientation des réformes ultérieures et les processus d'apprentissage* à l'intérieur des administrations cantonales.

Notre analyse se base sur trois dimensions principales. Premièrement, le nombre de marchés publiés et la proportion de marchés publics qui sont adjugés selon des procédures concurrentielles par rapport au total des adjudications cantonales. Deuxièmement, le taux de pénétration des marchés cantonaux par des soumissionnaires extra-cantonaux et étrangers, et troisièmement, l'évolution du niveau des prix.

5.3.4.1 Le degré limité de concurrence

Les appels d'offres publiés dans les bulletins officiels donnent une première idée du nombre absolu de marchés publics soumis aux procédures concurrentielles (ouverte ou sélective) et de la mesure dans laquelle les différents types de marchés (construction, fournitures, services) sont concernés.

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

Tableau 22: Publications d'appels d'offres entre janvier et juin 2002

	Berne	Fribourg	Valais	Vaud
n° total d'appels d'offres publiés	79	19	90	57
...dont marchés de construction	80%	95%	72%	77%
...dont marchés de services	10%	5%	20%	11%
...dont marchés de fournitures	10%	0%	7%	12%
taux de marchés soumis à l'accord OMC	d.m.	32%	42%	33%

d.m. : données manquantes

Sur la période relativement courte de janvier et juin 2002¹¹², c'est surtout l'écart entre le nombre faible de publications du canton de Fribourg et le nombre élevé du canton de Valais qui étonne¹¹³. Etant donné que le Valais est un canton alpin, on peut supposer qu'il a des investissements particulièrement élevés dans l'entretien des routes nationales et cantonales, ce qui serait confirmé par le fait que 78% des publications émanent du service des routes et des cours d'eau ainsi que par le nombre absolu très important de marchés que les services compétents adjudgent (cf. annexe 8 pour une présentation du nombre et de la valeur des marchés que les entités analysées ont adjudgé entre janvier 2001 et juin 2002). Néanmoins, il reste difficile à comprendre l'écart important entre les deux cantons. Il pourrait également être lié à une "discipline de publication" plus poussée dans le canton de Valais par rapport à Fribourg. Rappelons à ce sujet l'investissement comparativement faible dans l'information et la formation dans le canton de Fribourg (absence de guide pratique ou de formations), qui mène peut-être à une connaissance insuffisante des exigences législatives par les adjudicateurs¹¹⁴.

¹¹² Le recensement des publications d'appel d'offres dans la première période sélectionnée (deux ans après la mise en vigueur des réformes) donne des chiffres similaires à celles pour la deuxième période (2002): BE: 97; FR: 24; VS: 93; VD: 69.

¹¹³ Il est vrai que les seuils pour les marchés de fournitures et de services sont légèrement inférieures en Valais qu'à Fribourg. Or, les valeurs-seuils des marchés de construction (qui constituent la part la plus importante des publications) sont égaux.

¹¹⁴ Notons que l'adjudicataire des routes nationales fribourgeois a signalé que la période de janvier à juin 2002 n'était pas représentative, car beaucoup de marchés ont été adjudgé avant et après cette période. Or, la période de comparaison (janvier à juin 2000) a donné à peu près le même écart entre les cantons de Fribourg et du Valais.

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

De plus, deux résultats importants ressortent du tableau 22: premièrement, la *prépondérance des marchés de construction* par rapport aux marchés de fournitures et de services. Bien qu'il est vrai que les cantons ont des compétences particulièrement importantes dans ce domaine, ce qui explique le poids important de ce secteur, *le déséquilibre est néanmoins surprenant*. Soit il résulte du fait que les services et les fournitures sont seulement *nouvellement sujets aux exigences de concurrence* et que les services administratifs ne sont pas encore suffisamment habitués à publier ces marchés (ce qui soulèverait à nouveau un problème d'information et de formation ou de contrôle), soit on pourrait supposer que *les valeurs-seuils pour ces domaines sont fixés à un niveau trop élevé pour toucher un nombre important de marchés* et qu'il faudrait à terme les adapter vers le bas. Deuxièmement, on constate *qu'en moyenne environ un tiers des appels d'offres sont soumis à l'accord du GATT/OMC et donc ouverts à la concurrence internationale*. Si on considère le fait que les marchés publiés représentent déjà une minorité d'adjudications particulièrement importantes par rapport au total des marchés (cf. annexe 8), il devient clair que la libéralisation internationale ne concerne à ce jour que des projets très grands et peu nombreux. On peut donc douter que la concurrence internationale puisse avoir une influence structurelle sur la concurrence et les prix en Suisse.

Le chiffre absolu de publications présenté dans le tableau 22 ne permet cependant pas d'évaluer le degré de concurrence à l'intérieur des cantons, c'est-à-dire la *proportion des marchés* (en termes d'effectif et en termes de valeur) *effectivement adjudgés selon les procédures ouverte et sélective par rapport au total des marchés*. Pour ce faire, nous nous sommes basées sur les réponses aux questionnaires¹¹⁵.

¹¹⁵ Pour les effectifs de marchés adjudgés et des données plus détaillées concernant l'utilisation des procédures sur invitation et de gré à gré, cf. annexe 8.

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

Tableau 23: Taux de marchés et taux de la valeur totale des marchés publics adjugés en procédure ouverte ou sélective entre janvier 2001 et juin 2002

		RN	RC	BAT	INFO	moyenne cantonale
Berne*	% de marchés	6%**	29%	1%	50%	22%
	% de la valeur	78%**	72%	42%	d.m.	64%
Fribourg	% de marchés	7%	73%	0%	3%	21%
	% de la valeur	47%	98%	0%	55%	50%
Valais	% de marchés	24%	d.m.	d.m.	0.1%	12%
	% de la valeur	81%	d.m.	91%	6%	48%
Vaud	% de marchés	6%	9%	d.m.	d.m.	7%
	% de la valeur	83%	56%	95%**	d.m.	78%
moyenne par domaine	% de marchés	12%	37%	1%	18%	
	% de la valeur	70%	75%	44%	31%	

d.m. : données manquantes; * La valeur pour les routes cantonales bernoises (RC) représente la moyenne des quatre Oberingenieurkreise. Les données individuelles sont les suivantes: OIK I: 28%/75%; OIK II: 19%/48%; OIK III: 58%/93%; OIK IV: 29%/71%; ** données pour 2001 seulement;

En dépit d'un certain nombre de données manquantes, nous pouvons constater des différences entre les cantons¹¹⁶ et entre les domaines. En ce qui concerne les routes nationales, seulement un taux relativement faible de 6 ou 7 % des marchés sont adjugés en procédure ouverte ou sélective (sauf pour le cas du Valais, qui publie 24% des marchés). Or, ce nombre assez faible de marchés publiés représente une proportion très importante de la valeur totale des adjudications, soit environ 80% (seulement 47% dans le canton de Fribourg). Le secteur du bâtiment présente la même caractéristique de manière encore plus prononcée. Bien que les cantons de Berne et de Fribourg indiquent que seulement une proportion infime de marchés sont soumis aux règles de la concurrence, il semble que ces derniers

¹¹⁶ Les cantons présentent des variations assez peu systématiques entre eux dont l'analyse et la discussion systématiques dépasseraient les limites de ce travail. Les personnes désireuses de plus d'informations doivent être renvoyées à l'annexe 9 qui donne des chiffres plus précis sur les marchés adjugés par les adjudicateurs individuels.

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

représentent une part très importante de la valeur totale. Etant donné que les services du bâtiment adjudgent en général un nombre très élevé de marchés de valeur plutôt moindre (plusieurs milliers par année, cf. annexe 8), il faudrait considérablement abaisser les valeurs-seuils pour atteindre une ouverture généralisée des adjudications¹¹⁷.

Une situation similaire, mais beaucoup plus contrastée prévaut dans le domaine des routes cantonales. Bien que le nombre de marchés adjudgés en concurrence libre est relativement faible dans la plupart des cantons, la valeur de ces marchés représente une part assez importante de la valeur totale. Cependant, le contraste entre Fribourg, où 73% des marchés et 98% de la valeur sont concernés et le canton de Vaud, où seulement 9% des marchés et 56% de la valeur sont adjudgés de manière concurrentielle, est étonnant à première vue. Si on regarde le nombre total des marchés adjudgés par ces services (cf. annexe 8), on constate que le nombre absolu de marchés qui sont soumis à la concurrence est presque identique (16 pour Vaud et 19 pour Fribourg), mais que l'adjudicateur vaudois indique au total 164 marchés en dessous des valeurs-seuils, alors que l'adjudicateur fribourgeois n'en a que 7. Cette différence paraît peu plausible. Elle pourrait résulter d'un *problème de comparabilité*, dans le sens que les deux services répertorient différemment leurs marchés publics ou qu'ils n'accomplissent pas exactement les mêmes tâches. Le même constat vaut pour les adjudicateurs dans le domaine de l'informatique, où les écarts énormes entre Berne, Fribourg et le Valais résultent probablement en partie de tâches et statistiques différentes qu'ont les entités adjudicatrices. Ces deux exemples soulèvent un problème en soi relatif à *la difficulté d'évaluer de manière pertinente (et par conséquent de surveiller) le degré d'ouverture des marchés cantonaux, parce que les statistiques – si elles existent – sont souvent très hétérogènes*.

Le nombre de marchés publiés ou adjudgés en procédure ouverte et sélective nous renseigne en quelque sorte sur le degré de concurrence intercantonale ou internationale *potentielle*. La concurrence *réelle* dépend cependant du *nombre de soumissionnaires extra-cantonaux ou étrangers qui entrent effectivement sur le marché cantonal*, donc du pourcentage moyen d'offres qui proviennent de ces

¹¹⁷ On peut cependant douter si un tel abaissement serait raisonnable ou si les coûts de procédure seraient trop élevés par rapport à la valeur des marchés.

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

entreprises extra-cantoniales ou étrangères. La provenance des soumissionnaires est souvent difficile à identifier, parce que certains se procurent simplement une adresse postale dans le canton adjudicateur, alors que l'entreprise opère en réalité dans un autre canton. Pour pallier à ce problème "formel", nous avons directement demandé une estimation aux entités adjudicatrices.

Tableau 24: Pourcentage moyen d'offres qui proviennent de soumissionnaires d'autres cantons (janvier 2001 à juin 2002)

	RN	RC	BAT	INFO
Berne*	20%	25%	d.m.	60%
Fribourg	0%	10%	10%	40%
Valais	10%	5%	5%	90.0%
Vaud	30%	8%	d.m.	d.m.
moyenne par domaine	15%	12%	8%	63%

d.m. : données manquantes; * La valeur pour les routes cantonales bernoises (RC) représente la moyenne des quatre Oberingenieurkreise. Les données individuelles sont les suivantes: OIK I: 20%; OIK II: 15%; OIK III: 50%; OIK IV: 15%;

Bien que les taux divergent fortement entre les différents domaines d'adjudication – de telle sorte que le calcul d'une moyenne cantonale serait peu pertinente – *il apparaît clairement que la pénétration des marchés cantonaux par des entreprises d'autres cantons est généralement faible*¹¹⁸. Le cas des achats en matériel informatique présente un taux particulièrement élevé, qui est probablement lié au type de marchés (fournitures et services) qui sont adjugés dans ce domaine. Ces achats en fournitures et services sont par nature moins liés à l'endroit où le marché doit être exécuté, alors que les travaux de construction demandent le déplacement d'une infrastructure de travail. Par contre, dans les *domaines du génie civil et du bâtiment*, qui réunissent clairement la plus grande part des marchés publics can-

¹¹⁸ Le taux de marchés effectivement adjugés à ces soumissionnaires extra-cantonaux et étrangers est égal ou légèrement inférieur à la proportion des offres, cf. ci-dessus, 4.3.3.

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

tonaux, la concurrence n'est à ce jour que très faiblement développée. En moyenne, moins d'un cinquième des offres proviennent des 25 autres cantons. Des différences existent cependant entre les cantons par rapport à ce degré de concurrence effective. Les adjudicateurs des cantons de *Berne et de Vaud* reçoivent tendanciellement plus d'offres extra-cantoniales que les entités adjudicatrices des cantons de *Fribourg et Valais*. Dans ces deux derniers cantons, le taux de pénétration extra-cantonale reste inférieur ou égal à seulement 10 %, alors qu'il atteint 20 à 30% dans le canton de Berne et – en partie – dans le canton de Vaud. Comme il est difficile de porter un jugement sur le degré de concurrence sur la base de ces données peu nombreuses et lacunaires, nous ne pouvons qu'avancer quelques pistes d'explication de ces différences. Il est possible que les entreprises extra-cantoniales soumissionnent plus souvent à Berne et dans le canton de Vaud, parce que ces cantons ont de pratiques de publication particulièrement transparentes: Vaud publie sur Internet et à plusieurs reprises dans le bulletin officiel et Berne publie généralement aussi les critères d'aptitude et d'adjudication, ce qui permet aux soumissionnaires d'avoir rapidement une impression relativement précise de leurs chances de soumissionner. En plus, ces deux cantons publient un nombre relativement important de marchés, alors que Fribourg n'en publie qu'un nombre plus faible. Etant donné que jusqu'à présent, les marchés publics cantonaux étaient publiés de manière décentralisée dans 26 feuilles cantonales différentes, les entreprises se limitent éventuellement de manière générale à vérifier les bulletins officiels des cantons dont ils savent qu'un grand nombre de marchés y sont adjugés. Ceci n'expliquerait pourtant pas le cas du Valais où très peu de soumissionnaires extra-cantonaux postulent, bien qu'un nombre important de marchés y sont publiés. L'accès géographiquement difficile au canton de Valais explique peut-être en partie la quasi-absence de soumissionnaires d'autres cantons. Néanmoins, il semble aussi très probable que la pratique d'adjudication relativement fermée et notamment l'utilisation très fréquente des listes de soumissionnaires qualifiés (cf. ci-dessus, 4.3.3.) soit aussi un facteur qui fait que les entreprises non valaisannes estiment leurs chances trop faibles pour soumettre des offres.

En somme, il faut constater que la concurrence intercantonale reste faible à l'heure actuelle. Or, la *concurrence internationale est quasiment inexistante*. A part l'adjudicateur du domaine des routes nationales du canton de Berne, qui reçoit en

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

moyenne 20% d'offres étrangères, *l'ensemble des adjudicateurs interrogés déclarent que le pourcentage d'offres étrangères qu'ils reçoivent est à peu près nul*. L'ouverture internationale des marchés publics reste donc pour l'instant une vision politique qui ne correspond pas à la réalité. Ce résultat tient probablement d'un côté au faible taux de marchés soumis au GATT (en raison du niveau élevé des valeurs-seuils), mais de l'autre côté, elle tient peut-être aussi à des difficultés réelles de déplacer une infrastructure d'un pays à l'autre pour des travaux de construction. La concurrence internationale *pourrait peut-être plus facilement se développer dans les marchés de fournitures et de services, où il faudrait alors favoriser plus la transparence et probablement abaisser le niveau des valeurs-seuils pour qu'un nombre important de marchés soit au moins potentiellement ouvert à la concurrence étrangère*.

5.3.4.3 La quasi-absence d'un impact au niveau des prix

Etant donné la faiblesse du degré de concurrence réelle sur les marchés cantonaux, il n'est pas très étonnant que *les adjudicateurs ne constatent pas à l'heure actuelle un effet des nouvelles dispositions légales sur le niveau des prix*. 14 des 19 entités adjudicatrices interrogées affirment que l'ouverture des marchés publics n'a pas (11) ou plutôt pas (3) eu d'effet sur les prix. Seulement quatre adjudicateurs estiment que les prix ont plutôt baissé (BAT et RC Valais, INFO Fribourg, Oberingenieurkreis I Berne) et un seul (RN Fribourg) constate une baisse des prix pour des marchés particuliers concernant les mandats de prestations. Certaines observations plus spécifiques ont été soulevées par les entités adjudicatrices: le service du bâtiment valaisan constate par exemple que les prix ont plutôt baissé dans les offres soumises, mais que les coûts finaux restent importants, car les soumissionnaires demandent des crédits et rallonges. En plus, certains adjudicateurs mentionnent que si on rajoute les frais de procédure qu'occasionnent les nouvelles dispositions aux prix, ces derniers ont globalement plutôt eu tendance à augmenter.

Deux conclusions possibles peuvent être tirées de la défaillance apparente des réformes au niveau du degré de concurrence réelle et au niveau des prix. Soit on conclut que l'ouverture des marchés publics n'est pas rentable, parce que les frais de procédure ne sont pas compensés par des gains de concurrence. Dans ce

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

cas, on devrait probablement "limiter les ambitions" et restreindre l'ouverture à des marchés particuliers d'une très grande importance. Soit on estime que la concurrence intercantonale et internationale pourrait quand même se réaliser et avoir des effets bénéfiques, mais qu'elle nécessite du temps et des ressources pour se développer. Il faudrait alors investir d'autant plus dans l'encouragement de cette concurrence, par l'amélioration de la transparence et du degré d'ouverture des pratiques d'adjudication. Le développement de simap.ch et des organes de coordination intercantonale etc. indique que les cantons vont à ce jour plutôt dans la deuxième direction.

5.4 Conclusions du chapitre 5

Dans ce chapitre, nous avons tenté d'analyser dans quelle mesure le fédéralisme constituait un obstacle à la mise en oeuvre efficace de la libéralisation des marchés publics, selon les objectifs de la transparence, de la concurrence, de l'égalité de traitement et de l'utilisation économe des deniers publics. L'objectif principal était de tester *si la distribution inégale des ressources entre les cantons, c'est-à-dire l'hétérogénéité des cantons quant à leur taille, pose à un problème à la mise en oeuvre*, dans le sens où les cantons petits, qui disposent d'un appareil administratif moins important que les grands cantons pourraient avoir des difficultés à assurer celle-ci. En effet, l'ouverture des marchés publics crée un besoin important d'information et de surveillance, car elle présuppose un changement fondamental des pratiques d'adjudication de la part de l'ensemble de l'administration cantonale.

La réponse que nous pouvons apporter à cette question doit être nuancée. D'un côté, l'hypothèse est confirmée, car les deux grands cantons, Berne et Vaud, ont effectivement investi plus de ressources dans l'information, la formation et l'encadrement des entités adjudicatrices que les cantons de taille moyenne, Valais et Fribourg. Berne et Vaud ont non seulement élaboré une documentation pratique et développé des programmes de formation, mais ils ont aussi créé des organes permanents spécialisés réunissant les fonctionnaires et/ou les représentants des partenaires sociaux. En plus, le canton de Vaud a même établi un site Internet cantonal qui permet de rendre les appels d'offres vaudois facilement accessible à tout soumissionnaire. Au regard de ces investissements en ressources humaines, organisationnelles et financières, il semble que la mise en place d'une organisation

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

administrative importante favorisant le "monitoring" de l'ouverture des marchés publics soit *plus facilement et plus rapidement possible dans les grands cantons* qui disposent d'un appareil administratif fort. Dans ce sens, l'hétérogénéité des cantons en termes de ressources pourrait effectivement constituer une difficulté à la capacité d'adaptation de la Suisse, notamment dans le cadre d'une réforme découlant du niveau international qui impose des changements importants et des délais de mise en œuvre contraignants.

D'autre part, il s'agit également de constater que plusieurs observations vont à l'encontre de l'hypothèse sur l'effet de la distribution inégale des ressources. Premièrement, le canton de Valais a investi considérablement plus de ressources dans l'organisation administrative que le canton de Fribourg, alors que les deux sont d'une taille très similaire, ce qui montre que des *facteurs supplémentaires doivent être pris en compte pour expliquer l'organisation administrative, comme par exemple la volonté politique des autorités cantonales de favoriser l'ouverture des marchés publics.* Même s'il est vrai que la volonté est une pré-condition générale pour l'allocation de ressources à la mise en œuvre de la libéralisation des marchés publics, même dans les grands cantons, ce facteur prend d'autant plus de poids dans les cantons de taille moyenne et petite, car ils disposent d'un appareil administratif moins important.

Un deuxième résultat qui va à l'encontre de l'idée que les cantons ont plus ou moins de facilités à assurer une implémentation efficace en fonction de leur capacité administrative est *qu'il ne semble pas exister un lien clair entre l'investissement dans l'information, la formation et l'encadrement des entités adjudicatrices et le degré d'ouverture et de transparence de leur pratique d'adjudication.* S'il est vrai que l'organisation administrative importante dans le canton de Berne a permis une pratique très ouverte, notamment en ce qui concerne la transparence dans les publications, ainsi que la non-application des critères étrangers aux caractéristiques économiques du marché et des listes permanentes, ce lien apparaît moins clairement dans les trois autres cantons. En dépit d'un investissement comparativement faible dans leur information et formation, les adjudicateurs fribourgeois

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

font preuve d'une pratique généralement assez ouverte et homogène¹¹⁹. Par contraste, les différentes entités adjudicatrices du canton de Vaud – et dans une moindre mesure du canton de Valais – divergent beaucoup sur le degré d'ouverture de de transparence de leurs pratiques d'adjudication. En dépit des efforts importants d'information et de formation des adjudicateurs, ils appliquent les nouvelles lois de manière différente, notamment en ce qui concerne l'utilisation des critères étrangers aux caractéristiques économiques des marchés, la méthode de pondération des critères ou l'utilisation des listes permanentes de soumissionnaires qualifiés. Ces résultats confirment que d'autres facteurs que l'investissement dans l'organisation administrative – et donc la répartition des ressources entre cantons – interviennent dans l'explication de la mise en oeuvre. Comme les instruments de surveillance sont quasiment inexistant, les entités adjudicatrices développent des pratiques propres, en fonction de la volonté de fonctionnaires particuliers ou selon des habitudes ou traditions spécifiques aux services. Tant que les différences de pratique restent à l'intérieur du cadre des lois, il relève d'un choix politique de savoir si la diversité est acceptée ou si on poursuit l'objectif d'une application homogène des lois cantonales au sein de l'administration.

En somme, l'inégalité en capacités administratives des cantons a certes un impact sur l'organisation de la mise en oeuvre de cette réforme, mais elle n'est de loin pas le seul facteur important. Cela signifie que ce n'est pas uniquement l'hétérogénéité des cantons en termes de ressources qui peut constituer un obstacle "fédéraliste" à la capacité d'adaptation de la Suisse. Les différences de culture, tradition ou préférence entre cantons interviennent également dans l'explication de la manière dont les cantons s'adaptent. Par conséquent, une égalisation des ressources (p.ex. par la création de "régions" de taille similaire), pourrait tout au plus résoudre en partie un éventuel problème d'adaptation de la Suisse. Le fédéralisme implique toujours et par définition la diversité. Or, *on pourrait affirmer que cette diversité fédéraliste en tant que telle - par la décentralisation de la mise en oeuvre - peut*

¹¹⁹ Or, il faut souligner que les faiblesses dans l'organisation administrative de la mise en oeuvre semblent avoir eu pour conséquence que l'information sur les exigences législatives – notamment de publication - ne sont que faiblement diffusées dans l'ensemble de l'administration cantonale, car ce ne sont que les entités adjudicatrices "traditionnelles" du génie civil et du bâtiment qui ont publié des appels d'offres dans la première moitié de 2002.

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

rendre la mise en oeuvre d'une politique plus difficile, surtout dans un domaine comme la libéralisation des marchés publics pour lequel l'homogénéité des normes et des pratiques d'adjudication constitue dans une large mesure une condition de succès. Les publications d'appels d'offres dans 26 bulletins officiels différents, les spécificités réglementaires qui subsistent en dépit de l'AIMP, le poids différent qui est donné à certains critères d'adjudication spécifiques ou à l'inscription aux listes permanentes de soumissionnaires qualifiés ne sont que quelques exemples qui illustrent le degré de complexité élevé que le domaine des marchés publics a acquis. L'ouverture effective des marchés publics – tant au niveau de la pratique que du résultat – présuppose en quelque sorte un affaiblissement de l'autonomie cantonale, car elle requiert un effort de coordination et d'harmonisation énorme au niveau intercantonal¹²⁰ et un investissement important dans le développement de la transparence dans l'ensemble des cantons.

Cependant, les cantons vont développer de plus en plus de transparence uniquement à *condition qu'ils conçoivent l'ouverture des marchés publics comme un développement bénéfique*, leur permettant d'attribuer leurs marchés aux soumissionnaires les plus performants, indépendamment de leur provenance. Au regard des efforts croissants de coordination et d'harmonisation, nous pensons que les cantons s'orientent de plus en plus dans cette direction et *qu'une partie des résistances dans le passé provenaient du fait que l'ouverture des marchés publics leur était en quelque sorte imposée par le droit international et le gouvernement fédéral* (cf. chapitre 2). Pendant longtemps, certains cantons voyaient probablement la libéralisation des marchés publics plus en termes de *perte d'autonomie de réglementation* qu'en termes d'*opportunité*, à cause de l'élaboration assez conflictuelle de ces réformes au début des années 1990. Dans quelle mesure le fédéralisme risque de poser un problème à l'adaptation de la Suisse dépend donc aussi de comment les autorités fédérales gèrent la transposition des normes qui viennent du niveau international. C'est pour cette raison qu'il est nécessaire

¹²⁰ Notons que cette coordination intercantonale devient effectivement de plus en plus importante, par exemple dans le cadre de la DTAP (AIMP révisé de 2001 ou Forum Marchés publics) ou de l'association simap.ch ou encore au niveau régional (p.ex. la Conférence romande des directeurs de travaux publics qui a élaboré un guide romand des marchés publics commun). Des réflexions actuelles vont aussi dans le sens de proposer des mesures qui permettraient de rendre obligatoire un éventuel concordat pour l'ensemble des cantons.

5. Expliquer des différences dans la mise en oeuvre

d'analyser l'ensemble du cycle politique pour comprendre les enjeux et problèmes de mise en œuvre fédéraliste.

6. Conclusions

Dans ce travail, nous avons analysé comment les ajustements politiques requis par l'environnement international dans le domaine des marchés publics ont été réalisés dans le système fédéraliste suisse. En particulier, nous nous sommes concentrées sur la question de savoir si l'autonomie cantonale fédéraliste empêchait une adaptation législative rapide et une mise en œuvre de la libéralisation fidèle aux objectifs de transparence, de concurrence, d'égalité de traitement et d'utilisation économe des deniers publics qui sont définis dans l'accord du GATT et dans la LMI. Ce questionnement porte d'un côté sur *l'évolution des rapports de force* entre la Confédération et les cantons dans le processus d'adaptation et de l'autre côté sur *le rôle des cantons dans la mise en œuvre concrète de l'ouverture des marchés publics*. Nous argumentons qu'il est *nécessaire d'analyser l'ensemble des étapes de cette "réforme internationalisée"* – de la transposition législative au niveau fédéral par l'adaptation législative au niveau cantonal jusqu'à l'application concrète par les entités adjudicatrices cantonales – *afin de pouvoir évaluer le renforcement ou l'affaiblissement de certains acteurs et le succès ou l'échec de la libéralisation des marchés publics cantonaux*. En effet, l'évolution des rapports de pouvoir dans la transposition au niveau national de l'ouverture internationale des marchés publics influence les préférences et stratégies des acteurs dans les étapes ultérieures de transposition et de mise en œuvre cantonale. Par conséquent, il est difficile de comprendre et d'évaluer le résultat de la réforme de manière adéquate sans connaître les conditions de son élaboration. Nous avons donc conduit une *recherche en trois étapes*, commençant par l'analyse des processus d'adoption de la LMI et de l'AIMP au début des années 1990, en passant par la transposition normative de ces actes au niveau des cantons, pour aboutir à une analyse de l'organisation administrative de la mise en œuvre et de la pratique d'adjudication actuelle dans quatre cantons sélectionnés.

La première partie de l'analyse (cf. la conclusion du chapitre 2) a permis de montrer que *le pouvoir de la Confédération par rapport aux cantons a été renforcé* dans les processus nationaux de libéralisation des marchés publics qui ont suivi les négociations du GATT et de l'EEE. En adoptant la LMI, la Confédération a saisi l'opportunité du rejet de l'EEE et est nouvellement intervenue dans une politique publique qui était traditionnellement du ressort des cantons. Pour ce faire, elle s'est

6. Conclusions

appuyée sur une interprétation tout à fait nouvelle de la Liberté de commerce et d'industrie (LCI) et a délibérément rompu avec l'interprétation existante, plus préservatrice de l'autonomie cantonale. En plus, la Confédération a réussi à pousser les cantons à la coopération horizontale dans le cadre de l'AIMP et elle a accéléré l'adoption de cet accord. Bien que les cantons ont tout de même pu défendre en partie leur autonomie en affaiblissant quelque peu la portée de la LMI et en limitant l'AIMP aux principes, on est néanmoins amené à constater que *le fédéralisme – c'est-à-dire l'autonomie des cantons – n'a pas empêché à ce premier stade de la libéralisation une réforme très rapide et fondamentale de la politique des marchés publics en Suisse*. En insistant sur la nécessité de la libéralisation en tant que réaction à l'évolution politique et économique internationale, la Confédération est parvenue à faire passer des réformes importantes en dépit du point de veto fédéraliste. Ces processus montrent une capacité adaptative élevée qui peut paraître surprenante pour le système politique suisse, traditionnellement plutôt caractérisé par une certaine lourdeur et lenteur (sur la capacité d'adaptation, cf. aussi Mach et al. 2003). Or, cette appréciation de la capacité d'adaptation reste en quelque sorte incomplète, car les cantons regagnent un important pouvoir de veto dans la phase de transposition cantonale et de mise en œuvre.

Ainsi, la deuxième partie de l'analyse (cf. la conclusion du chapitre 3) était focalisée sur l'adaptation des lois cantonales à l'AIMP et à la LMI, et en particulier sur le degré d'ouverture en termes de valeurs-seuils pour le marché intérieur que les cantons ont adoptées (concept d'ouverture normative). Dans cette deuxième phase de l'ouverture, la Confédération était largement absente, notamment parce que les cantons ont réussi à réduire considérablement les compétences de contrôle de la COMCO qui est pourtant l'autorité responsable de surveiller la mise en œuvre de la LMI. Pourtant, sur la base de nos indicateurs, nous n'avons pas trouvé de confirmation empirique que *cette phase d'adaptation législative cantonale ait profité principalement au regain de pouvoir des gouvernements cantonaux*. Les indicateurs des préférences gouvernementales basées sur la couleur partisane et les prises de positions dans les procédures de consultation n'expliquent que très faiblement les niveaux d'ouverture normative adoptés dans les cantons. *Ce sont les facteurs liés à la tradition d'ouverture du canton et à la force du secteur économique de la construction qui semblent avoir eu un poids important dans ces décisions*. Cette observation montre que les gouvernements cantonaux sont

6. Conclusions

eux-mêmes soumis à des contraintes importantes dans les processus législatifs. Si cette deuxième phase du processus a donc permis la réaffirmation de l'autonomie des cantons, elle ne constituait pas *forcément* un regain de pouvoir pour les exécutifs cantonaux. Or, l'évolution *récente* des réformes va plutôt dans la direction de favoriser les gouvernements cantonaux: comme l'adoption de concordats intercantonaux ressort en premier lieu de la compétence de l'exécutif, le développement de la libéralisation par la coopération horizontale au niveau des concordats – surtout à travers l'adoption de l'AIMP révisé en 2001 – permet en effet aux exécutifs cantonaux de renforcer leur position, en particulier envers les autres acteurs cantonaux tels que les parlements ou les associations d'intérêt (Domaine public 2002)¹²¹.

Les autorités cantonales bénéficient par contre de toute façon d'une position centrale dans l'organisation de la mise en œuvre des nouvelles dispositions, sur laquelle la troisième partie d'analyse était focalisée (cf. la conclusion du chapitre 4). Cependant, l'analyse empirique a mis en évidence *que l'organisation administrative de la mise en œuvre ne dépend pas seulement de la volonté des autorités, mais aussi de leurs "capacités", c'est-à-dire de la distribution inégale des ressources entre les cantons*. Les grands cantons, forts en ressources, ont tendanciellement plus de facilités que les cantons plus petits à investir les ressources financières, organisationnelles et humaines nécessaires pour répondre aux besoins d'information, de formation et d'encadrement que la mise en œuvre de l'ouverture des marchés publics crée. Néanmoins, le lien entre la distribution des ressources, l'organisation administrative et la pratique d'adjudication est loin d'être linéaire et déterministe. Les autorités cantonales, tant au niveau des gouvernements cantonaux que dans les entités adjudicatrices, sont dans une certaine mesure libres et capables de favoriser – ou de freiner – délibérément la concurrence et la transparence. L'hétérogénéité des pratiques d'adjudication entre les cantons et surtout entre les entités adjudicatrices d'un même canton - notamment

¹²¹ De manière similaire, Börzel a observé que la perte d'autonomie des Länder allemands dans le processus d'eupéanisation a été compensée par le renforcement de la participation des gouvernements régionaux aux décisions au niveau du Bund et par la coopération accrue entre les exécutifs des Länder, deux mesures qui profitent aux gouvernements, mais qui se font au détriment des parlements régionaux (Börzel 2000).

6. Conclusions

quant à la transparence dans les publications d'appels d'offres, à l'utilisation de certains critères d'adjudication problématiques ou à la méthode de pondération des critères - illustre l'importance des préférences de certains acteurs politiques ou administratifs ou des cultures administratives spécifiques pour l'application concrète des nouvelles normes. Cette diversité est sans doute accentuée par la quasi-absence d'organes de surveillance de la mise en œuvre.

En outre, il convient de noter que *c'est justement la décentralisation et l'hétérogénéité des normes et pratiques, résultant du fédéralisme, qui pose en elle-même un certain problème de transparence et qui représente ainsi un obstacle à la concurrence effective*. En effet, les indicateurs de résultat de la libéralisation des marchés publics montrent que *le degré de concurrence réelle est encore très faible à ce jour*: seulement une minorité des marchés est effectivement soumise aux règles de la concurrence, la pénétration des marchés cantonaux par des entreprises extra-cantoniales reste très limitée (et est quasiment nulle en ce qui concerne les soumissionnaires étrangers) et une forte majorité des entités adjudicatrices analysées ne constate aucun effet des réformes sur les prix qu'ils paient pour les travaux, services ou fournitures achetés. Bien que cette faiblesse de l'outcome des réformes ne résulte sans doute pas uniquement des pratiques d'adjudication des cantons, mais aussi d'autres facteurs exogènes (liés à la conjoncture ou à la propension des entreprises de soumissionner ailleurs), il reste quand même que la mise en œuvre décentralisée et hétérogène l'a rendu plus difficile d'atteindre les objectifs de concurrence et d'utilisation économe des deniers publics. En outre, il est difficile de juger si nos indicateurs reflètent vraiment l'absence d'effets de la réforme, parce que nous n'avons pas procédé à une comparaison entre la situation avant et après la libéralisation et nous ne sommes pas en mesure de dire comment l'évolution aurait été sans la réforme. Peut-être que le degré de concurrence serait encore plus faible et les prix auraient peut-être même monté en l'absence de réformes. Il nous est donc impossible de procéder à une véritable évaluation de l'impact de la réforme en termes d'outcomes, bien que nous pouvons constater que les objectifs initiaux des réformes ne sont en tout cas pas pleinement atteints.

Sur l'ensemble de ce cycle de réforme de la politique des marchés publics, peut-on donc toujours parler d'un renforcement des autorités fédérales par rapport aux cantons? La réponse est mitigée. L'évolution des rapports de pouvoir change d'une

6. Conclusions

étape à l'autre. Il est vrai que la Confédération a joué un rôle crucial dans l'impulsion et l'accélération des réformes au début des années 1990. Dans ce sens, son pouvoir a été et est encore aujourd'hui renforcé dans le domaine. Or, les cantons gardent dans une large mesure un pouvoir de veto notamment au niveau de la mise en œuvre cantonale de la politique. La Confédération n'y intervient que peu, entre autres parce que les cantons ont largement réussi à lui refuser des moyens de surveillance et de contrôle efficaces. En plus, on constate que la dynamique de réforme est actuellement menée beaucoup plus fortement par les cantons eux-mêmes qu'au début des années 1990. Ce sont surtout *certains cantons particulièrement actifs qui font progresser la libéralisation et l'harmonisation* (cf. le développement de *simap.ch* à l'initiative de Genève et Vaud). Dans ce sens, on peut aussi dire qu'en initiant les réformes et en exerçant une pression à la libéralisation, *la Confédération a aussi contribué au renforcement de certains cantons envers d'autres.*

Ensuite, est-ce que la libéralisation des marchés publics est un succès ou un échec? Il est sûr que les réformes ont conduit à un changement important des pratiques d'adjudication dans les cantons. Les procédures sont plus transparentes qu'avant les réformes et la concurrence – du moins potentielle – est garantie par le droit de recours des soumissionnaires lésés. Au niveau des résultats finaux, par contre, la réforme n'a jusque-là pas été en mesure de produire une concurrence réelle importante et une baisse du niveau des prix. *Or, pour revenir à notre questionnement initial, faut-il attribuer cet échec au fédéralisme?* A nouveau, la réponse doit être nuancée. D'un côté, la libéralisation effective des marchés publics est par définition très difficile à atteindre, parce qu'elle requiert souvent un changement radical des traditions et qu'elle rencontre des problèmes pratiques, indépendants de l'organisation administrative de mise en œuvre (mobilité des soumissionnaires, longueur des procédures, etc.). Les difficultés d'atteindre une ouverture réelle dans tous les pays de l'UE¹²² et au niveau fédéral (OPCA 2002) prouvent que des problèmes surgissent qui sont indépendants du fédéralisme. D'un autre côté, l'hétérogénéité des cantons et la décentralisation de la mise en œuvre ont un effet négatif sur la transparence des lois et procédures. Il faut noter que les cantons ont

¹²² Communication concernant les priorités d'action dans le domaine des marchés publics du 11 mars 1998 (http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/fr/publproc/comm/233.htm)

6. Conclusions

refusé tant en 1994 qu'en 2001 d'harmoniser leurs dispositions d'exécution au niveau de l'AIMP (Ganz 2001). Par conséquent, la diversité des pratiques aura tendance à persister, ce qui constitue en soi un certain frein à la transparence et à la concurrence.

Si les cantons veulent atteindre un degré de concurrence réelle plus important sur leurs marchés, ils doivent développer la transparence dans les publications et l'harmonisation de procédures qui facilitent le plus possible l'entrée de nouveaux soumissionnaires sur le marché. Ils ont un intérêt à le faire pour autant qu'ils conçoivent la libéralisation des marchés publics comme une opportunité bénéfique tant pour les autorités que pour les entreprises cantonales qui auraient alors la possibilité de profiter de l'accès à des marchés de plus en plus importants. Or, il est une question politique ouverte de savoir si on définit la libéralisation des marchés publics plutôt en tant qu'opportunité ou en tant que menace pour l'économie et l'autonomie cantonale. Certains cantons qui ont adopté une perspective favorable de la libéralisation ont pris l'initiative pour faire avancer et développer l'ouverture dans l'ensemble des cantons. L'association simap.ch a par exemple été lancée par les cantons de Vaud et Genève. Elle inclut aujourd'hui la quasi-totalité des cantons suisses ainsi que la Confédération et certaines grandes communes. La coopération horizontale accrue dans un grand nombre d'organes tels que la Conférence des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement (DTAP), le Forum sur les marchés publics, la Commission marchés publics Confédération-cantons (CMCC) ou l'Association suisse des marchés public (ASMP) indique aussi une tendance vers plus de transparence et d'harmonisation. Cependant, l'harmonisation des valeurs-seuils du marché intérieur par l'AIMP 2001 risque même de mener à une relative fermeture des marchés dans un certain nombre de cantons, à cause du niveau relativement élevé des seuils adoptés (cf ci-dessus, 4.3.1). La coopération horizontale ne mène donc pas toujours nécessairement à plus d'ouverture.

Finalement, il convient néanmoins de ne pas sous-estimer les changements en direction d'une ouverture des marchés publics qui ont déjà été réalisés à ce jour. Les procédures de soumission et d'adjudication sont aujourd'hui sans doute considérablement plus ouvertes et transparentes qu'il y a dix ans. Dans ce sens, l'"ouverture internationalisée" des marchés publics a eu des effets certains. Si la

6. Conclusions

mise en œuvre s'avère particulièrement difficile et que de grands problèmes persistent, c'est probablement surtout à cause de la portée énorme du changement requis par les actes adoptés au début des années 1990. Ce changement représentait un changement paradigmatique pour les cantons. Et c'est là peut-être la principale spécificité de cette réforme "internationalisée" par rapport à une réforme purement "interne", *dans le sens où l'implémentation d'une réforme purement domestique d'une même ampleur aurait probablement été similairement difficile, mais qu'il est peu probable qu'une telle réforme aurait effectivement pu être adoptée dans un contexte purement national.* Le processus de décision traditionnel, qui favorise l'inclusion de tous les acteurs dès le début, implique que des changements "paradigmatiques" ne peuvent en quelque sorte que venir de l'extérieur.

Alors que l'impulsion internationale peut déclencher des réformes très importantes au niveau législatif, l'implémentation concrète des changements est une affaire purement domestique, dans laquelle les cantons sont et restent des acteurs incontournables. Une stratégie voulant imposer des réformes de manière "top-down" sera donc probablement toujours vouée à l'échec. Par conséquent, la coopération tant verticale que horizontale s'avère une condition nécessaire pour permettre un processus d'apprentissage collectif et ainsi pour assurer à terme la mise en œuvre efficace des changements voulus.

Bibliographie

- Abderhalden, Ursula (1999). *Möglichkeiten und Grenzen der interkantonalen Zusammenarbeit*. Freiburg: Universitätsverlag.
- Assemblée fédérale (1995a). *Débats parlementaires concernant la Loi sur le marché intérieur. Débat d'entrée en matière au Conseil national*. BO CN, 8 juin 1995, p. 1143ss.
- Aubert, Jean-François (2001). "Participation des cantons à la politique européenne en cas d'adhésion de la Confédération suisse à l'Union européenne", in Conférence des gouvernements cantonaux (éd.). *Les cantons face au défi de l'adhésion à l'Union Européenne*. Zürich: Schulthess.
- Balthasar, Andreas (1993). "Die Wirksamkeit der Hausfeuerungskontrolle vor dem Hintergrund von Vollzugsdifferenzen", *Annuaire suisse de science politique* 33. Berne : Haupt.
- Börzel, Tanja (2002). *States and Regions in the European Union. Institutional Adaptation in Germany and Spain*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Börzel, Tanja (2000). "Europäisierung und innerstaatlicher Wandel. Zentralisierung und Entparlamentarisierung?", *Politische Vierteljahresschrift*, 41(29), 225-250.
- Börzel, Tanja (1999). "Towards Convergence in Europe? Institutional Adaptation to Europeanization in Germany and Spain", *Journal of Common Market Studies*, 37 (4), 573-956.
- Büren, Roland von (2001). "La mise en œuvre du marché intérieur suisse", *La Vie économique* 4/01, 4-8.
- Bursens, Peter (2002). "Why Denmark and Belgium Have Different Implementation Records: On Transposition Laggards and Leaders in the EU", *Scandinavian Political Studies*, 25(2): 173-195.
- Cecchini Report (1992). *The European Challenge 1992. The Benefits of a Single Market*. Aldershot: Wildwood House.
- Commission suisse des Cartels (1988). *Les soumissions et les achats de la Confédération, des cantons et de certaines communes*. Berne.
- Conseil fédéral (1995). *Message concernant la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)*. FF I 1995, 1193ss.
- Cottier, Thomas et Alexandra Caplazi (1999). "Marktzugang, Strukturhaltung und Sozialdumping: ungelöste Spannungsfelder im öffentlichen Beschaffungswesen", in Peter Forstmoser (Hg.). *Der Einfluss europäischen Rechts*

Bibliographie

- auf die Schweiz: Festschrift für Prof. Roger Zäch zum 60. Geburtstag. Zürich: Schulthess.
- Cottier, Thomas und Manfred Wagner (1995). "Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM). Übersicht und kurzer Kommentar", *Angewandte juristische Praxis AJP* 12/95: 1582-1590.
- Cramer, Alberto (2002). "Die Schwellenwerte – Ein heilloses Durcheinander", *Baurecht* 2/2002: 83-84.
- Dehousse, Renaud (1998). "Europe and the Nation-State", in Martin Rhodes et al. (eds.). *Development in West European Politics*. London: Macmillan.
- Domaine Public (2002). *Ouverture des marchés publics: les bienfaits se font attendre*. N°1532, 11 octobre 2002.
- DTAP Conférence suisse des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement (2001). *Zielsetzungen des Binnenmarktgesetzes und Auswirkungen auf das Beschaffungswesen der Kantone und Gemeinden*. Wirtschaftspolitische Stellungnahme der schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektorenkonferenz, Zürich.
- DTAP Conférence suisse des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement (1993). *Principes législatifs relatifs à la passation des marchés publics dans les cantons*. Version du 15 décembre 1993, Zürich.
- EVD Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement (1994). *Bericht über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens zum Vorentwurf des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BMG)*. Bern.
- EVD Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement (1993). *Erläuternder Bericht zum Vorentwurf der Studienkommission zu einem Binnenmarktgesetz (BMG)*. Bern.
- Fischer, Alex, Sarah Nicolet et Pascal Sciarini (2002). "Europeanisation of a Non-EU Country: The Case of Swiss Immigration Policy", *West European Politics*, 25(4): 143-170.
- Fleiner, Thomas und Alexander Misic (2001). "Föderalismus als Ordnungsprinzip der Verfassung", in Daniel Thürer, Jean-François Aubert und Jörg Paul Müller (Hg.). *Verfassungsrecht der Schweiz*. Zürich: Schulthess.
- Freiburghaus, Dieter (1994). "Föderalismus und Regionalismus in Europa, eine Standortbestimmung", in Dieter Freiburghaus (Hg.) *Die Kantone und Europa*. Bern: Haupt.

Bibliographie

- Galli, Peter, Daniel Lehmann und Peter Rechsteiner (1996). *Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz. Ein Handbuch für die Praxis*. Zürich: Schulthess.
- Galli, Peter (1981). *Die Submission der öffentlichen Hand im Bauwesen*. Zürich: Schulthess.
- Ganz, Georges (2001) "Schwellenwerte und Verfahren im öffentlichen Beschaffungswesen", *PBG Zürcher Zeitschrift für öffentliches Baurecht*, 1/2001: 5-23.
- Green-Cowles, Maria, James Caporaso and Thomas Risse (eds.) (2001). *Transforming Europe. Europeanization and Domestic Change*. Ithaca: Cornell University Press.
- Hänni, Peter (2001). "Verträge zwischen den Kantonen und zwischen dem Bund und den Kantonen", in Daniel Thürer, Jean-François Aubert und Jörg Paul Müller (Hg.). *Verfassungsrecht der Schweiz*. Zürich: Schulthess.
- Hauser, Heinz et Sven Bradke (1991). *EWR-Vertrag, EG-Beitritt, Alleingang: wirtschaftliche Konsequenzen für die Schweiz: Gutachten zu Handen des Bundesrates*. Schweizerisches Institut für Aussenwirtschafts-, Struktur- und Regionalforschung an der Hochschule St. Gallen.
- Haverland, Markus (1999). "National Adaptation to European Integration : The Importance of Institutional Veto Points", *EUI Working Paper*, RSC N°99/17.
- Héritier, Adrienne et al. (eds.) (2001). *Differential Europe: The European Union Impact on National Policymaking*. Lanham: Rowman and Littlefield.
- Höpflinger, François et Kurt Wyss (1993). "Vollzugsprobleme der öffentlichen Sozialhilfe. Grenzen des Föderalismus im Bereich der wirtschaftlichen Existenzsicherung", *Annuaire suisse de science politique* 33. Berne : Haupt.
- Jeffery, Charlie (1997). "Conclusions: Sub-National Authorities and 'European Domestic Policy'", in Charlie Jeffery (ed.). *The regional dimension of the European Union: Towards a third level in Europe?* London: Frank Cass.
- Kissling-Näf, Ingrid et Peter Knoepfel (1992). "Politikflexibilität dank zentralstaatlichem Immobilismus? Handlungsspielräume kantonaler Vollzugspolitiken im schweizerischen politisch-administrativen System", in Heidrun Abromeit und Werner W. Pomerehne (Hg.). *Staatstätigkeit in der Schweiz*. Bern: Haupt.
- Knoepfel, Peter, Corinne Larrue et Frédéric Varone (2001). *Analyse et pilotage des politiques publiques*. Genève/Bâle/Munich : Helbing & Lichtenhahn.

Bibliographie

- Kriesi, Hanspeter, Claude Longchamp, Florence Passy et Pascal Sciarini (1993). *Analyse VOX de la votation fédérale du 6 décembre 1992*. Genève: Département de Science Politique.
- Kriesi, Hanspeter (1995). *Le système politique suisse*. Paris : Economica.
- Lang, Herbert (2002). *Das bilaterale Abkommen CH-EU zum öffentlichen Beschaffungswesen*. Beitrag zur Vergabetagung vom 29. August 2002, Zürich.
- Lang, Herbert (1999). "Die Wandlungen im öffentlichen Beschaffungswesen der Kantone, namentlich des Kantons Zürich", *Zürcher Zeitschrift für öffentliches Baurecht* 4/1999: 5-21.
- Lang, Herbert (1998). "Binnenmarkt: Aktuelle Fragen bei der Anwendung des Binnenmarktgesetzes und der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen.", in Nicolas Michel und Roger Zäch (Hg.). *Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz*. Zürich: Schulthess.
- Lavenex, Sandra et Emek M. Uçarer (2002). "The external impact of European integration: The case of immigration policies", *Paper presented at the Annual Conference of the Swiss Political Science Association*, Fribourg, November 6-7th, 2002.
- Lombardi, Aldo (1994). "Mitwirkungsrechte der Kantone an der Europapolitik des Bundes : Perspektiven im Gesamtzusammenhang des politischen Systems", in Dieter Freiburghaus (Hg.). *Die Kantone une Europa*. Bern : Haupt.
- Mach, André, Silja Häusermann and Yannis Papadopoulos (2003). "Economic regulatory reforms in Switzerland: Adjustment without European integration or how rigidities become flexible", *Journal of European Public Policy*, 10(2): 302-319.
- Mach, A. (2003, forthcoming). *La Suisse entre internationalisation et changements politiques internes: législation sur les cartels et relations industrielles dans les années 1990*. Bâle: Helbing und Lichtenhahn.
- Maugué, Eric (1992). "Rôle de la Confédération et des cantons dans la mise en œuvre du droit de l'EEE en matière de marchés publics cantonaux et communaux", in N. Michel (ed.). *Aspects du droit des marchés publics*. Fribourg: Editions Universitaires Fribourg.
- Michel, Nicolas (1991). *L'ouverture européenne des marchés publics suisses*. Fribourg: Editions universitaires Fribourg Suisse.

Bibliographie

- Michel, Nicolas (1979). *La conclusion des marchés publics. Les procédures de mise en soumission et d'adjudication des travaux et fournitures par les collectivités publiques*. Genève: Georg.
- Moravcsik, Andrew (1994). *Why the European Community Strengthens the State: Domestic Politics and International Cooperation*. Center for European Studies: Working Paper 52.
- Organe parlementaire de contrôle de l'administration OPCA (2002). *La libéralisation des marchés publics en Suisse sous l'angle juridique et économique. Rapport final à l'attention de la commission de gestion du Conseil national*. Berne : Services du parlement.
- Pravato, Serge (1995). *Influence du context international sur le fonctionnement du système politique suisse et sa capacité d'adaptation: le cas de la libéralisation des marchés publics*. Mémoire de diplôme d'études supérieures en études européennes, Université de Genève.
- Schaller, Olivier (2001). "Le rôle des marchés publics dans la réalisation du marché intérieur suisse", *La vie économique*, 4/01, 19-23.
- Scheidegger, Eric (1992). *Schweiz-EG 92: Mehr Wettbewerb durch den Binnenmarkt*. Coire/Zurich: Rüegger.
- Schnellmann, Caroline (2000). *Föderalistische Zusammenarbeit in der Schweiz während dem Prozess der Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens*. Travail de diplôme, IDHEAP.
- Schweizer, Rainer (2001). "Effets de l'adhésion de la Suisse à l'Union européenne sur les tâches des cantons", in Conférence des gouvernements cantonaux (éd.). *Les cantons face au défi de l'adhésion à l'Union Européenne*. Zürich: Schulthess.
- Sciarini, Pascal (1994). *La Suisse face à la Communauté européenne et au GATT. Le cas test de la politique agricole*. Genève: Georg.
- Seco (2000). *Öffentliches Beschaffungswesen – KMU-Verträglichkeitstest*. Berne.
- Senti, Richard und Jürg Baltensperger (1991). *Binnenmarkt Schweiz. Wettbewerbsverzerrende Bestimmungen im öffentlichrechtlichen Bereich*. Studienreihe Strukturberichterstattung. Bern: Bundesamt für Konjunkturfragen.
- Siegiwart, Karine (2000). "Umsetzung und Vollzug von Gemeinschaftsrecht durch die Kantone", in Thomas Cottier und Alexandra Caplazi (Hg.). *Die Kantone im Integrationsprozess*. Zürich: Schulthess.

Bibliographie

- Sturny, Thimeo (2001). "Résumé des rapports d'expertise sous forme de thèses", in Conférence des gouvernements cantonaux (éd.). *Les cantons face au défi de l'adhésion à l'Union Européenne*. Zürich: Schulthess.
- Sverdrup, Ulf and Stephan Kux (1997). "Balancing Effectiveness and Legitimacy in European Integration. The Norwegian and the Swiss Case", *ARENA Working Paper*, 97/31.
- Tanquerel, Thierry (1991). "La Suisse doit-elle choisir entre l'Europe et la démocratie directe ?", *Revue de droit suisse*, 110,2 : 188-220.
- Thürer, Daniel (1992). "Schweizerische Verfassungsordnung vor der Herausforderung durch die europäische Integration : Perspektiven, Prinzipien und heisse Eisen", *Revue de droit suisse*, Neue Folge, Band 111,1, Halbband, Heft 1 : 73-106.
- Vatter, Adrian (2002). *Kantonale Demokratien im Vergleich. Entstehungsgründe, Interaktionen und Wirkungen politischer Institutionen in den Schweizer Kantonen*. Opladen: Leske und Budrich.
- Wälti, Sonja et Ingrid Kissling-Näf (1999). "Der Vollzug öffentlicher Politiken", in Ulrich Klöti, Peter Knöpfel, Hanspeter Kriesi, Wolf Linder et Yannis Papadopoulos (Hg.). *Handbuch der Schweizer Politik*. Zürich: NZZ Verlag.
- Wasescha, Luzius et Philippe Nell (2002). "Die WTO und das öffentliche Beschaffungswesen", *La Vie économique* 10/02, 15-20.
- Wasescha, Luzius (1996a). "La réforme des marchés publics en Suisse", *La Vie économique* 2/96, 40-49.
- Wasescha, Luzius (1996b). "Marchés publics. Les cantons engagés dans un processus de réforme", *La Vie économique* 10/96, 20-26.
- Zäch, Roger (1998). "Die Rolle der Wettbewerbskommission im Submissionswesen", in Nicolas Michel und Roger Zäch (Hg.). *Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz. Erste praktische Erfahrungen und Entwicklungen*. Zürich: Schulthess.
- Zufferey, Jean-Baptiste, Corinne Maillard et Nicolas Michel (2002). *Droit des marchés publics. Présentation générale, éléments choisis et code annoté*. Fribourg: Editions Universitaires Fribourg Suisse.

Annexes

Annexe 1: Liste des entretiens

Annexe 1 : Liste des entretiens

- I M. Beat Seiler, Generalsekretariat der Direktion für Bau, Verkehr und Energie BVE, Kanton Bern (entretien du 9 août 2002, Berne)
- II M. Michel Rubattel, secrétaire général adjoint, Département des Infrastructures DINF, canton de Vaud (entretien du 20 août 2002, Lausanne)
- III M. Bernard Pochon, secrétaire du Département des travaux publics DTP, canton de Fribourg (entretien du 12 août 2002, Fribourg)
- IV Mme. Gisèle Fauchère, juriste auprès du Service des affaires extérieures et du droit économique, Département des Finances, de l'agriculture et des affaires extérieures du canton du Valais (entretien du 14 août 2002, Sion)
- V M. Jérôme Duperrut et M. Serge Zogg, Organe parlementaire de contrôle de l'administration OPCA, Berne (entretien du 22 juillet 2002, Berne)
- VI Dr. Georges Ganz, secrétaire de la Conférence des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement DTAP (entretien du 2 février 2001, Zurich)
- VII Prof. Dr. Thomas Cottier, Professeur à l'Université de Berne, président de la commission d'étude pour l'élaboration de la Loi sur le marché intérieur (entretien du 25 septembre 2001, Berne)

Annexe 2: Niveau des valeurs-seuils cantonales pour le marché intérieur suisse

Annexe 2 : Niveau des valeurs-seuils cantonales pour le marché intérieur suisse

	Procédure ouverte / sélective			Procédure sur invitation			adoption en...
	construc- tion	fourni- tures	services	construc- tion	fourni- tures	services	
AG	200'000	50'000	50'000	200'000	50'000	50'000	1997
AI	500'000	250'000	250'000	100'000	50'000	50'000	2001
AR	500'000	250'000	250'000	100'000	50'000	50'000	2000
BE	200'000	100'000	200'000	200'000	100'000	200'000	1996
BL	500'000	250'000	250'000	100'000	100'000	50'000	1999
BS	250'000	100'000	100'000	50'000	30'000	30'000	1994
FR	500'000	263'000	263'000	50'000	50'000	50'000	1998
GL	500'000	250'000	250'000	250'000	100'000	100'000	1997
GR	300'000	100'000	200'000	50'000	25'000	50'000	1998
JU	500'000	263'000	263'000	50'000	50'000	50'000	1999
LU	500'000	250'000	250'000	100'000	50'000	50'000	1999
NE	500'000	263'000	263'000	100'000	50'000	50'000	1999
NW	500'000	250'000	250'000	100'000	50'000	50'000	2001
OW	500'000	250'000	250'000	100'000	50'000	50'000	2000
SG	500'000	250'000	250'000	100'000	50'000	50'000	1998
SH	500'000	250'000	250'000	100'000	50'000	50'000	1998
SO	300'000	383'000	383'000	100'000	50'000	50'000	1996
SZ	200'000	80'000	80'000	100'000	40'000	40'000	1992
TG	500'000	263'000	263'000	100'000	50'000	50'000	1997
TI	200'000	100'000	383'000	50'000	50'000	150'000	2001

Annexe 2: Niveau des valeurs-seuils cantonales pour le marché intérieur suisse

	Procédure ouverte / sélective			Procédure sur invitation			adoption en...
	construc-tion	fourni-tures	services	construc-tion	fourni-tures	services	
UR	957'500	383'000	383'000	957'500	383'000	383'000	1996
VD	200'000	200'000	200'000	50'000	50'000	50'000	1996
VS	500'000	100'000	200'000	50'000	25'000	25'000	1998
ZG	383'000	383'000	383'000	150'000	150'000	150'000	1996
ZH	500'000	248'950	248'950	100'000	50'000	50'000	1997
GE	9'575'000	383'000	383'000	100'000	100'000	100'000	1998

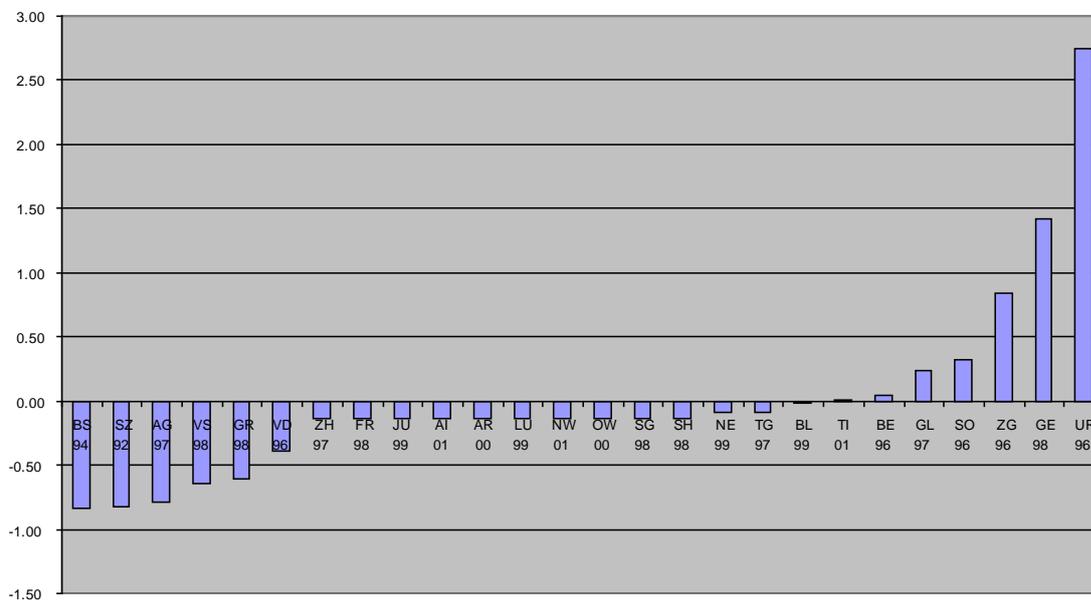
La version révisée de l'AIMP de 2001 fixe nouvellement des seuils maximaux pour la libéralisation intercantonale. En adhérant à l'AIMP de 2001, les cantons n'ont donc plus le droit d'adopter des valeurs-seuils supérieures à 500'000.- pour la procédure ouverte et sélective dans le domaine de la construction et 250'000.- pour la procédure ouverte et sélective dans les marchés de fournitures et de services. La procédure sur invitation doit impérativement être appliquée au-dessus de 300'000.- pour les marchés de construction, au-dessus de 100'000.- pour les marchés de fournitures et au-dessus de 150'000.- pour les marchés de services. Nombreux cantons ont déjà révisé leur législation sur les marchés publics pour l'adapter au nouvel AIMP ou sont actuellement entrain de le faire.

Annexe 3 : Variantes d'opérationnalisation de l'ouverture normative : présentation des résultats et commentaires sommaires

A) Distribution des cantons et résultats d'analyse avec la variable dépendante non pondérée

Détails de l'opérationnalisation:
OUVERTURE-SEUILS np = moyenne des 6 valeurs-seuils cantonales standardisées
Source: lois cantonales, vérification par des questionnaires (cf. annexe 4)

OUVERTURE-SEUILS np - valeurs-seuils non pondérés



Commentaires:

La distribution indique des niveaux d'ouverture très différents entre un certain nombre de cantons. Six cantons ont adopté des seuils particulièrement bas (BS, SZ, AG, VS, GR, VD). Même si on pondère leurs seuils, ces cantons se situent tous dans le moitié la plus "libérale" des cantons. De l'autre côté, cinq cantons appliquent des seuils considérablement plus élevés (GL, SO, ZG, GE, UR). Ces cantons se trouvent aussi au-dessus de la médiane dans la distribution pondérée. Ce qui distingue cette distribution de celle pondérée est notamment qu'un grand groupe de cantons (ZH, FR, JU, AI, AR, LU, NW, OW, SG, SH, NE, TG, BL, TI, BE) ont des seuils très similaires, proches de ceux qui étaient proposés dans les Directives d'adjudication de la DTAP. Cette caractéristique pose un problème pour l'analyse statistique parce que la variance entre les cantons est considérablement réduite.

Analyses bivariées:

- ACCEPTATION-EEE —→ OUVERTURE-SEUILS np: $r = -0.045$
- NOMBRE-TRAITES —→ OUVERTURE-SEUILS np: $r = -0.255$
- COULEUR-GVT —→ OUVERTURE-SEUILS np: $r = 0.192$
- COULEUR-CE —→ OUVERTURE-SEUILS np: $r = 0.104$
- POSITION-LMI —→ OUVERTURE-SEUILS np: $r = -0.196$
- POSITION-AIMP —→ OUVERTURE-SEUILS np: $r = 0.178$
- CONSTR-ENTREPRISES —→ OUVERTURE-SEUILS np: $r = -0.150$
- CONSTR-EMPLOIS —→ OUVERTURE-SEUILS np: $r = 0.087$
- OUVERTURE-PROCESSUS —→ OUVERTURE-SEUILS np: $r = -0.180$

Annexe 3: Variantes d'opérationnalisation de l'ouverture normative

Analyses multivariées:

Variation intercantonale de l'ouverture normative - modèle complet

		OUVERTURE-SEUILS np				
		Sig. du groupe	R square change	Beta	sig.	VIF
Tradition d'ouverture	ACCEPTATION-EEE	0.77	0.02	-0.17	0.60	2.42
	NOMBRE-TRAITES			-0.14	0.59	1.39
Préférence du gouvernement	COULEUR-GVT	0.87	0.01	-0.07	0.81	1.84
	COULEUR-CE			0.10	0.70	1.48
Force acteurs économiques	CONSTR-ENTREPRISES	0.33	0.08	-0.57	0.46	3.28
	CONSTR-EMPLOIS			0.37	0.15	5.59
Ouverture système politique	OUVERTURE-PROCESSUS	0.23	0.07	-0.29	0.23	1.28

$r^2 = 0.235$; $n=26$

Variation intercantonale de l'ouverture normative - modèles

	M1 ($r^2 = 0.142$)			M2 ($r^2 = 0.118$)		
	Beta	sig.	VIF	Beta	sig.	VIF
NOMBRE-TRAITES	-0.27	0.21	1.09	-0.25	0.24	1.07
COULEUR-CE	0.12	0.61	1.36	0.16	0.50	1.31
CONSTR-ENTREPRISES	-0.21	0.39	1.36	-0.25	0.27	1.25
OUVERTURE-PROCESSUS	-0.16	0.46	1.10			

$n = 26$

Commentaires:

Les résultats sont fortement différents de ceux présentés dans le texte, tant au niveau bivarié qu'au niveau multivarié, notamment en ce qui concerne les variables "EEE" et celles liées à la construction. Ces variables perdent en grande partie leur capacité explicative et la tendance s'inverse même parfois. Par contre, les autres variables liées au nombre de traités antérieurs (tradition), à la couleur politique et

Annexe 3: Variantes d'opérationnalisation de l'ouverture normative

aux positions des gouvernements exprimés dans les procédures de consultation, gardent leur poids et, dans l'analyse multivariée, la couleur politique acquiert même une capacité explicative légèrement plus importante que dans le "modèle pondéré". Cependant, il semble que les *résultats sont difficilement interprétables, parce qu'ils sont très peu significatifs*. Ceci est lié au fait que 13 sur 26 cantons ont la même valeur sur les seuils non pondérés et que la variance de la variable dépendante a donc tendance à être trop faible pour permettre des analyses statistiques pertinentes.

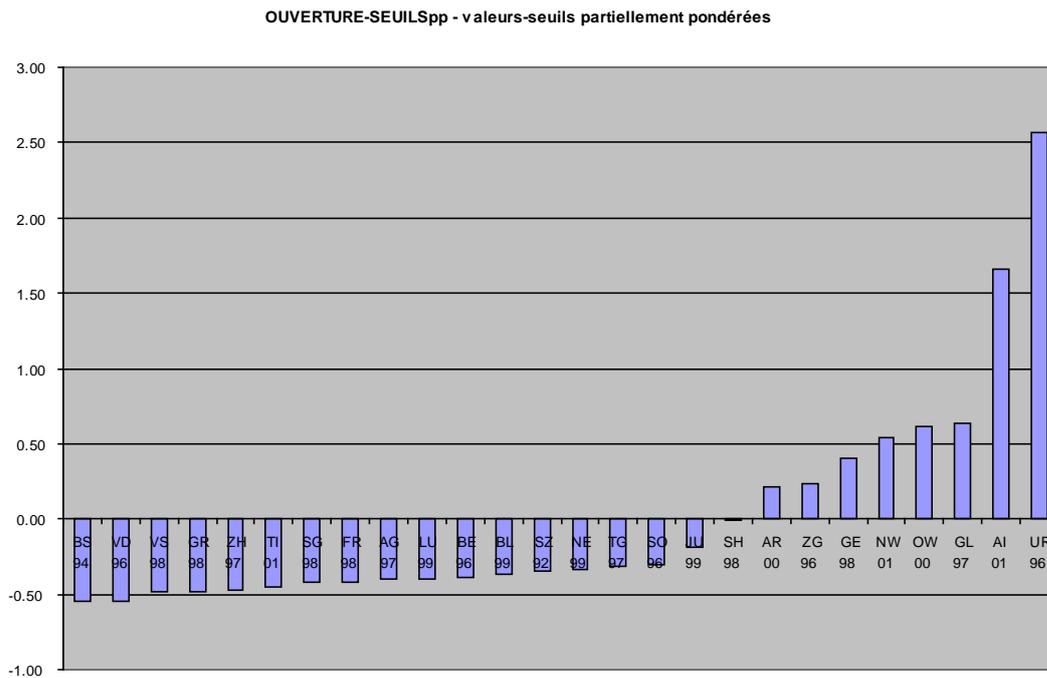
B) Distribution des cantons et résultats d'analyse avec la variable dépendante partiellement pondérée

Détails de l'opérationnalisation:

OUVERTURE-SEUILS partiellement pondérée = moyenne intégrant les 4 valeurs-seuils cantonales (standardisées et pondérées par les dépenses totales annuelles du canton) applicables aux marchés de fournitures et de services et les 2 valeurs-seuils cantonales (standardisées) applicables aux marchés de constructions.

Source: lois cantonales, vérification par des questionnaires (cf. annexe 4)

Annexe 3: Variantes d'opérationnalisation de l'ouverture normative



Commentaires:

La distribution sur cette variable partiellement pondérée est très similaire à celle pour laquelle l'ensemble des valeurs-seuils ont été pondérées. Même si on inclut donc les seuils de construction non pondérés, les petits cantons ont tendanciellement les marchés publics les plus fermés. ZG et notamment GE obtiennent un score plus "fermé" sur cette mesure que sur celle présentée dans le textes.

Annexe 3: Variantes d'opérationnalisation de l'ouverture normative

Analyses bivariées:

- ACCEPTATION-EEE → OUVERTURE-SEUILS: r = -0.398
- NOMBRE-TRAITES → OUVERTURE-SEUILS: r = -0.364
- COULEUR-GVT → OUVERTURE-SEUILS: r = 0.332
- COULEUR-CE → OUVERTURE-SEUILS: r = 0.227
- POSITION-LMI → OUVERTURE-SEUILS: r = -0.332
- POSITION-AIMP → OUVERTURE-SEUILS: r = 0.153
- CONSTR-ENTREPRISES → OUVERTURE-SEUILS: r = 0.348
- CONSTR-EMPLOIS → OUVERTURE-SEUILS: r = 0.536
- OUVERTURE-PROCESSUS → OUVERTURE-SEUILS: r = 0.165

Analyses multivariées:

Variation intercantonale de l'ouverture normative - modèle complet

		OUVERTURE-SEUILS pp				
		Sig. du groupe	R square change	Beta	sig.	VIF
Tradition d'ouverture	ACCEPTATION-EEE	0.78	0.02	-0.08	0.79	2.42
	NOMBRE-TRAITES			-0.16	0.50	1.39
Préférence du gouvernement	COULEUR-GVT	0.99	0.00	-0.04	0.89	1.84
	COULEUR-CE			0.02	0.92	1.48
Force acteurs économiques	CONSTR-ENTREPRISES	0.46	0.06	-0.13	0.72	3.28
	CONSTR-EMPLOIS			0.55	0.25	5.59
Ouverture système politique	OUVERTURE-PROCESSUS	0.78	0.00	-0.06	0.78	1.28

$r^2 = 0.321$; $n=26$

Annexe 3: Variantes d'opérationnalisation de l'ouverture normative

Variation intercantonale de l'ouverture normative - modèles

OUVERTURE-SEUILS pp

	M1 ($r^2 = 0.227$)			M2 ($r^2 = 0.223$)		
	Beta	sig.	VIF	Beta	sig.	VIF
NOMBRE-TRAITES	-0.31	0.14	1.09	-0.32	0.11	1.07
COULEUR-CE	0.03	0.90	1.36	0.01	0.95	1.31
CONSTR-ENTREPRISES	0.28	0.23	1.36	0.30	0.17	1.25
OUVERTURE-PROCESSUS	0.07	0.75	1.10			

n = 26

Commentaires

Les résultats restent très similaires à ceux obtenus sur la variable entièrement pondérée, avec des petites variations non systématiques. Alors que les variables liées à l'EEE, au secteur de la construction et à l'ouverture du processus perdent légèrement de poids, celles concernant la couleur du gouvernement et les prises de position dans les procédures de consultation en gagnent un peu. En général, la capacité explicative des modèles multivariés baisse légèrement. En somme, que même si on tient compte du fait que la taille du canton n'influence éventuellement pas la valeur moyenne des marchés publics de construction, les principaux résultats obtenus dans le chapitre 3 restent valables.

Annexe 4: Questionnaire pour la saisie des données sur l'ouverture normative

Annexe 4 : Questionnaire pour la saisie des données sur l'ouverture normative

Le questionnaire a été envoyé entre le 11 et le 22 juillet 2002 par e-mail aux personnes de contact en matière de marchés publics dans les 26 cantons suisses. Nous présentons ci-dessous l'exemple du canton de Vaud:

CANTON: VD

S'il-vous-plaît, veuillez vérifier l'exactitude des chiffres contenus dans le tableau en bas, respectivement veuillez compléter le tableau. Merci beaucoup !

Important: Il me faut les valeurs-seuils tels que définis dans la législation cantonale qui suivait l'adoption de l'accord GATT, la loi sur le marché intérieur et l'AIMP au milieu des années 90 (année 1996/1997).

Si les valeurs-seuils ont (déjà) été modifiés suite à la révision de l'AIMP de 2001, je vous serais reconnaissante de le mentionner en bas du tableau, mais je suis surtout intéressée aux valeurs en vigueur avant cette révision de l'AIMP.

	Fournitures (valeur du marché)	Services (va- leur du marché)	Construction (valeur du marché)	
			Construction (autres que gros œuvres)	Construction gros œuvres
Procédure gré à gré	En-dessous de 50 000	En-dessous de 50 000	En-dessous de 50 000	En-dessous de 50 000
Procédure sur invitation	En-dessous de 200 000	En-dessous de 200 000	En-dessous de 200 000	En-dessous de 200 000
Procédure ouverte / sélective	Dès 200 000	Dès 200 000	Dès 200 000	Dès 200 000

Ces valeurs-seuils sont en vigueur depuis / étaient en vigueur dès:

Remarques:

Comment sont réglées les deux dispositions de procédure dans la législation cantonale mentionnée en haut?

1) Selon la législation cantonale, la publication du marché dans la procédure ouverte / sélective se fait dans (mettre la réponse correspondante en gras)

Annexe 4: Questionnaire pour la saisie des données sur l'ouverture normative

- La feuille cantonale
- Au moins dans la feuille cantonale
- La feuille cantonale; les marchés qui tombent sous l'accord GATT sont en plus publiés dans la feuille officielle suisse du commerce (FOSC)
- La feuille cantonale et la feuille officielle suisse du commerce
- Autres:

2) A partir de quelle valeur seuil les candidats bénéficient-ils de la protection juridique selon la législation cantonale?

- A partir de CHF 0.-
- A partir de ...

Annexe 5: Destinataires des questionnaires sur la procédure d'adjudication des marchés publics

Annexe 5: Destinataires des questionnaires sur la procédure d'adjudication des marchés publics

Berne

<i>Domaine d'adjudication</i>	<i>Personne de contact</i>	<i>N° questionnaire</i>
Génie civil – routes nationales	Hr. Markus Frick, Tiefbauamt	1
Génie civil – routes cantonales	Hr. Markus Wyss, OIK I	2
	Hr. Fritz Kobi, OIK II	3
	Hr. Peter Vettiger, OIK III	4
	Hr. Walter Brodbeck, OIK IV	5
Service du bâtiment	Hr. Stefan Dellenbach, Hochbauamt	6
Achats en matériel informatique	Hr. Kurt Oehrli, Organisationsamt	7

Fribourg

<i>Domaine d'adjudication</i>	<i>Personne de contact</i>	<i>N° questionnaire</i>
Génie civil – routes nationales	M. André Piller, Bureau des autoroutes	8
Génie civil – routes cantonales	M. Claude Morzier, Département des ponts et chaussées	9
Service du bâtiment	M. Charles-Henri Lang, Architecte cantonal	10
Achats en matériel informatique	M. Roland Marro, Centre informatique de l'Etat de Fribourg	11

Annexe 5: Destinataires des questionnaires sur la procédure d'adjudication des marchés publics

Valais

<i>Domaine d'adjudication</i>	<i>Personne de contact</i>	<i>N° questionnaire</i>
Génie civil – routes nationales	M. Bernard Schwery, Service des routes et des cours d'eau	12
Génie civil – routes cantonales	M. Jean-Christophe Putallaz, Service des routes et des cours d'eau	13
Service du bâtiment	M. Bernard Attinger, Architecte cantonal	14
Achats en matériel informatique	M. Roger Schnyder, Service cantonal de l'informatique	15

Vaud

<i>Domaine d'adjudication</i>	<i>Personne de contact</i>	<i>N° questionnaire</i>
Génie civil – routes nationales	M. Alfredo Pedretti, Service des routes, division des routes nationales	16
Génie civil – routes cantonales	M. Henri Bovay, Service des routes, division des routes cantonales	17
Service du bâtiment	M. François Cattin, Service des bâtiments	18
Achats en matériel informatique	Mme. Corinne Kerdraon, Direction planification et stratégie informatique	19

Annexe 6: Questionnaire sur la procédure d'adjudication des marchés publics

Annexe 6: Questionnaire sur la procédure d'adjudication des marchés publics

Le questionnaire présenté ci-dessous à titre d'exemple est celui établi pour le canton de Vaud. Les spécificités cantonales ont eu une influence sur la formulation des questions 3, 16 et 17.

Questionnaire sur la procédure d'adjudication des marchés publics

Canton: Vaud

Département:

Entité adjudicatrice (service) :

Veillez répondre aux questions suivantes. Si vous disposez de chiffres exacts pour répondre aux questions, merci de bien vouloir les indiquer. Au cas où les chiffres exacts seraient inexistant, je vous prie de donner une estimation. Merci beaucoup!

Questions générales

1. Pour chacune des procédures d'adjudication possibles, combien de marchés publics votre entité a-t-elle adjudiqué dans les deux périodes ci-dessous et quelle était la valeur totale de ces marchés ? **Veillez répondre à la question pour chaque catégorie de procédure indiquée.** (Veillez donner une estimation, si des chiffres exactes ne sont pas disponibles.)

Annexe 6: Questionnaire sur la procédure d'adjudication des marchés publics

Année 2001

	Nombre d'adjudications	Valeur totale
Procédure ouverte au-dessus des valeurs-seuils de l'OMC	cas	Francs
Procédure ouverte en-dessous des valeurs-seuils de l'OMC	cas	Francs
Procédure sélective au-dessus des valeurs-seuils de l'OMC:	cas	Francs
Procédure sélective en-dessous des valeurs-seuils de l'OMC:	cas	Francs
Procédure sur invitation:	cas	Francs
Procédure de gré à gré:	cas	Francs
TOTAL	cas	Francs

Premier semestre de 2002 (1.1.2002-30.6.2002)

	Nombre d'adjudications	Valeur totale
Procédure ouverte au-dessus des valeurs-seuils de l'OMC	cas	Francs
Procédure ouverte en-dessous des valeurs-seuils de l'OMC	cas	Francs
Procédure sélective au-dessus des valeurs-seuils de l'OMC:	cas	Francs
Procédure sélective en-dessous des valeurs-seuils de l'OMC:	cas	Francs
Procédure sur invitation:	cas	Francs
Procédure de gré à gré:	cas	Francs
TOTAL	cas	Francs

Annexe 6: Questionnaire sur la procédure d'adjudication des marchés publics

2. Combien d'adjudications par catégorie votre entité a-t-elle effectuée dans ces deux périodes? (Veuillez donner une estimation en pourcentages si des chiffres exactes ne sont pas disponibles)

	Année 2001	1.1.2002-30.6.2002
Marchés de construction (gros oeuvre)	cas	cas
Marchés de construction (second oeuvre)	cas	cas
Marchés de fournitures	cas	cas
Marchés de services	cas	cas

Publication de l'appel d'offres

3. Dans quels médias publiez-vous les appels d'offres ? (Vous pouvez donner plusieurs réponses.)

- Feuille officielle du canton de Vaud
- Feuille officielle suisse du commerce (FOSC)
- Internet (depuis:; adresse du site:.....)
- Autres:.....

4. Dans quelles langues les offres peuvent-elles être soumises ?

.....

Pratique d'adjudication

Les questions suivantes se rapportent aux marchés publics qui ont été adjudugés selon les procédures ouverte, sélective ou sur invitation.

Annexe 6: Questionnaire sur la procédure d'adjudication des marchés publics

5. Quelles sont les garanties (critères d'aptitude) que vous demandez généralement aux soumissionnaires? (Veuillez cocher la réponse correspondante pour chaque catégorie de critères.)

- | | Toujours | souvent | rarement | jamais |
|---|--------------------------|--------------------------|--------------------------|--------------------------|
| • Garanties financières (p.ex.: extrait du registre des poursuites, bilan, garanties bancaires) | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| • Références concernant des travaux, fournitures ou services antérieurs | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| • Déclaration concernant les capacités organisationnelles et le personnel | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| • Garantie concernant l'obligation de respecter les conditions de travail locales | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| • Garantie du paiement des cotisations sociales et des impôts | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| autres : | | | | |
| • | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| • Nous ne demandons pas de garanties spécifiques | | | | |

Annexe 6: Questionnaire sur la procédure d'adjudication des marchés publics

6. Existe-t-il des cas d'adjudications dans lesquels vous avez soupçonné des ententes entre soumissionnaires ? (estimation globale sur la période 1.1.01-30.6.02)

Toujours	souvent	rarement	jamais
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

7. Lesquels des critères d'adjudication suivants appliquez-vous généralement ?

(Veuillez cocher la réponse correspondante par critère.)

	Toujours	souvent	rarement	jamais
• Prix	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
• Qualité	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
• Expérience / réputation	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
• Mise à disposition de places d'apprentissage	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
• Respect des délais	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
• Connaissance des conditions locales (p.ex: connaissance du terrain etc)	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
• Infrastructure de l'entreprise	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
• Connaissance de la langue parlée au lieu de l'exécution du marché	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

Annexe 6: Questionnaire sur la procédure d'adjudication des marchés publics

autres :

-
-
-

Nous ne définissons pas de critères d'adjudication spécifiques (—> passer à la question 11)

8. Comment pondérez-vous les différents critères d'adjudication ?

- Les critères sont pondérés en pourcentages.
- Les critères sont listés dans l'ordre d'importance sans que leur poids soit quantifié en pourcentages.
- Les critères ne sont pas pondérés.

9. Est-ce qu'il existe des critères additionnels qui sont utilisés pour évaluer des offres équivalentes ? Lesquels (p.ex. méthode de production écologique, places de formation etc.) ?

.....

10. Quels sont les cinq critères d'adjudication que vous considérez comme les plus importants ? Veuillez indiquer une pondération moyenne relative de ces critères qui atteint en somme un total de 100%.

(p.ex.: 40% expérience, 30% prix, 15% connaissance de la langue au lieu de l'exécution du marché, 10% qualité, 5% mise à disposition de places de formation)

1.
2.
3.
4.
5.

Annexe 6: Questionnaire sur la procédure d'adjudication des marchés publics

11. Est-ce que vous menez des négociations sur les prix avec les soumissionnaires ? (estimation générale sur la période 1.1.01 – 30.6.02)

Toujours	souvent	rarement	jamais
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

12. Est-ce que vous utilisez des listes permanentes de soumissionnaires qualifiés ?

(estimation générale sur la période 1.1.01 – 30.6.02)

Toujours	souvent	rarement	jamais
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

Au cours de la période du 1.1.01 au 30.6.02, quel pourcentage estimé de marchés publics a été adjudgé à des offrants qui figurent sur une telle liste permanente de votre entité adjudicatrice ou de votre canton ?

..... Pourcent des adjudications selon les procédures ouverte, sélective et sur invitation

Annexe 6: Questionnaire sur la procédure d'adjudication des marchés publics

13. Dans quelle fréquence des cas, exprimée en pourcents, avez-vous choisi l'offre la moins chère du point de vue des prix ? (Si le pourcentage précis n'est pas disponible, veuillez donner une appréciation: toujours/souvent/rarement/jamais.)

Sur l'année 2001: % des cas (procédures ouverte, sélective et sur invitation)

Toujours souvent rarement jamais

• 1.1.02-30.6.02: % des cas (procédures ouverte, sélective et sur invitation)

Toujours souvent rarement jamais

Organisation administrative de la procédure d'adjudication

14. Est-ce que vous collaborez avec des privés (bureaux d'ingénieurs, cabinets d'avocats etc.) pour la préparation et l'application de la procédure d'adjudication ?

Toujours souvent rarement jamais

Annexe 6: Questionnaire sur la procédure d'adjudication des marchés publics

15. Est-ce que vous sollicitez des conseils (juridiques) à l'intérieur de l'administration cantonale pour la préparation et l'application de la procédure d'adjudication ?

Toujours

souvent

rarement

jamais

- Si oui ('toujours', 'souvent', 'rarement'), qui est-ce qui vous conseille?.....
- Si non ('jamais'), pourquoi pas ?
- Ce n'est pas nécessaire, parce que les dispositions légales sur les procédures sont suffisamment claires.
- Une telle offre de conseils (juridiques) est inexistante.
- Autres raisons: lesquelles ?

16. Est-ce que vous collaborez avec d'autres organes impliqués dans la mise en œuvre des dispositions légales sur les marchés publics ? Lesquels ?

- Secrétariat général du Département des Infrastructures
- Organisations professionnelles
- Commissions paritaires
- Commission consultative sur les marchés publics
- Commission fédérale de la concurrence COMCO
- Autres, lesquels ?.....

Annexe 6: Questionnaire sur la procédure d'adjudication des marchés publics

17. Comment est-ce que vous (les collaborateurs et collaboratrices de votre entité adjudicatrice) avez été informés sur les nouvelles dispositions légales en matière de marchés publics qui entraînent en vigueur en 1997 (loi et règlement sur les marchés publics) ?

- Formation interne à l'administration à une seule reprise (séminaire)
- Formation périodique interne à l'administration (séminaires)
- Documentation écrite
- Pas d'information / formation spécifique

18. Est-ce que vous considérez l'information / la formation que vous avez reçue comme suffisante ?

- oui
- Non. Qu'est-ce qui aurait été nécessaire ?.....

Effets des nouvelles dispositions
--

19. Quel est le pourcentage moyen d'offres qui proviennent de soumissionnaires d'autres cantons dans les procédures ouverte et sélective ? (estimation générale sur la période 1.1.01 – 30.6.02)

..... pourcents d'offres "extra-cantoniales" par procédure s'adjudication

20. Quel est le pourcentage moyen de marchés attribués selon les procédures ouverte et sélective qui ont été adjugés à des soumissionnaires provenant d'autres cantons ? (estimation générale sur la période 1.1.01 – 30.6.02)

..... pourcent de marchés ont été adjugés à des soumissionnaires d'autres cantons, ce qui correspond à cas

21. Quel est le pourcentage moyen d'offres qui proviennent de soumissionnaires d'autres pays dans les procédures ouverte et sélective ? (estimation générale sur la période 1.1.01 – 30.6.02)

..... pourcents d'offres "étrangères" par procédure s'adjudication

Annexe 6: Questionnaire sur la procédure d'adjudication des marchés publics

22. Quel est le pourcentage moyen de marchés attribués selon les procédures ouverte et sélective qui ont été adjudgé à des soumissionnaires provenant d'autres pays ? (estimation générale sur la période 1.1.01 – 30.6.02)

..... pourcent de marchés ont été adjudgés à des soumissionnaires d'autres pays, ce qui correspond à cas

23. Est-ce que les nouvelles dispositions législatives sur les marchés publics ont permis une réduction des prix ? (estimation générale sur l'évolution des prix depuis l'introduction de la concurrence au-dessus des valeurs-seuils de 1998)

- Oui, il y eu une réduction claire des prix.
- Il y a plutôt eu une réduction des prix.
- Il n'y a plutôt pas eu de réduction des prix.
- Non, les nouvelles dispositions n'ont pas eu d'effets sur les prix.

Annexe 7: Codage de l' "Ouverture empirique – pratique d'adjudication "

Les indicateurs issus des questionnaires et de l'analyse des bulletins officiels cantonaux sont codés de manière à ce que les entités adjudicatrices qui ont la pratique la plus „fermée“ obtiennent le maximum de points. *Plus une entité adjudicatrice a de points, plus elle a donc une pratique qu'on peut qualifier de "fermée"*. L'indicateur *global* de l'ouverture empirique – pratique d'adjudication correspond à la moyenne des points¹²³.

Données issues des questionnaires sur la pratique d'adjudication

Les indicateurs 3, 4, 7, 8, 10, 12, 13, 19 et 20 du questionnaire (cf. annexe 6) sont codés.

N° question	Opérationnalisation	Échelle de points	Commentaire
3	Nombre de sources dans lesquelles les marchés sont publiés (au niveau cantonal ou supérieur)	<ul style="list-style-type: none"> • 3 sources ou plus: 0 points • 2 sources: 1,5 point • 1 source: 3 points 	La publication du marché dans plusieurs sources favorise la transparence et donc la facilité d'accès au marché.
4	Nombre de langues dans lesquelles les offres peuvent être soumises	<ul style="list-style-type: none"> • 3 langues et plus: 0 points • 2 langues: 1,5 point • 1 langue: 3 points 	L'admission d'offres dans plusieurs langues facilite l'accès à des entreprises d'autres cantons
7 (a)	Application des critères „places d'apprentissage“, „connaissance des conditions locales“ et „connaissance de la langue au lieu d'exécution du marché“	Application de <ul style="list-style-type: none"> • aucun de ces critères: 0 points • 1 de ces critères: 1 point • 2 de ces critères: 2 points • 3 de ces critères: 3 points 	L'application de ces critères est problématique, car ils sont étrangers aux caractéristiques économiques du marchés.

¹²³ Dans l'agrégation des points, tous les indicateurs ont le même poids (pas de pondération).

Annexe 7: Codage de l' "Ouverture empirique – pratique d'adjudication "

N° question	Opérationnalisation	Échelle de points	Commentaire
7 (b)	Fréquence dans laquelle les critères „places d'apprentissage“, „connaissance des conditions locales“ et „connaissance de la langue au lieu d'exécution du marché“ sont appliqués	Concernant ces trois critères: <ul style="list-style-type: none"> • Chaque „rarement“: 1 point; • Chaque „souvent“: 2 points • Chaque „toujours“: 3 points L'indicateur prend la valeur de la moyenne des points	L'application fréquente de ces critères étrangers aux caractéristiques économiques du marché rend l'accès au marché plus difficile.
10	Poids attribué aux trois critères „places d'apprentissage“, „connaissance des conditions locales“ et „connaissance de la langue au lieu d'exécution du marché“ (cf. question 7 ci-dessus).	<ul style="list-style-type: none"> • Si aucun des trois critères (Q7) figure parmi les 5 : 0 points • Si un ou plusieurs figurent parmi les 5: 1,5 points • Si un ou plusieurs figurent parmi les 3 les plus importants: 3 points 	Si un ou plusieurs des trois critères étrangers aux caractéristiques économiques du marché figurent parmi les critères les plus importants, la pratique doit être qualifiée de relativement fermée
8	Méthode de pondération des critères	<ul style="list-style-type: none"> • Pondération en %: 0 points • Classification dans l'ordre d'importance: 1,5 points • Critères ne sont pas pondérés: 3 points 	Si les critères sont pondérés de manière exacte, l'adjudication devient plus prévisible et donc plus transparente pour le soumissionnaire
12	Pourcentage d'adjudications qui vont à des soumissionnaires inscrits sur les listes permanentes	<ul style="list-style-type: none"> • 0-25% : 0 points • 25-50% : 1 point • 50-75% : 2 points • 75-100% : 3 points 	Sur les listes figurent en général les entreprises locales. Si un pourcentage élevé de marchés va à ces entreprises, la pratique doit être qualifiée de plutôt fermée.
13	Taux d'adjudications dans lesquelles l'offre la moins chère du point de vue du prix a été choisie	<ul style="list-style-type: none"> • "toujours" (75-100 %): 0 points • „souvent“ (50-75%): 1 point • „rarement“ (25-50%): 2 points • „jamais“ (0-25%): 3 points L'indicateur prend la valeur de	Le prix est le critère le plus favorable à la concurrence.

Annexe 7: Codage de l' "Ouverture empirique – pratique d'adjudication "

		la moyenne des deux périodes	
--	--	------------------------------	--

Annexe 7: Codage de l' "Ouverture empirique – pratique d'adjudication "

N° question	Opérationnalisation	Échelle de points	Commentaire
19 / 20	Écart entre le pourcentage de soumissionnaires d'autres cantons (Q 19) et le pourcentage de marchés qui sont effectivement adjudgé à des soumissionnaires d'autres cantons (Q20).	14. écart de 0%: 0 points 15. écart de 1-10% : 1 point 16. écart de 10-30%: 2 points 17. écart > 30% : 3 points	Plus les marchés sont effectivement adjudgé à des soumissionnaires d'autres cantons, plus la procédure peut être qualifiée d'ouverte.

Annexe 7: Codage de l' "Ouverture empirique – pratique d'adjudication "

Données issues de l'analyse des publications d'appels d'offre dans les bulletins officiels cantonaux (période 1.1.2002 – 30.6.2002)

Quatre indicateurs pertinents pour l'ouverture empirique – pratique d'adjudication ont été relevés de l'analyse des bulletins officiels.

Indicateur	Opérationnalisation	Echelle de points	Commentaire
Publication des critères d'aptitude	Pourcentages d'appels d'offre qui contiennent les critères d'aptitude et de qualification	<ul style="list-style-type: none"> • 75-100%: 0 points • 50-75 %: 1 point • 25-50%: 2 points • 0-25%: 3 points 	La publication des critères d'aptitude augmente la transparence et donc la facilité d'accès au marché.
Publication des critères d'adjudication	Pourcentage d'appels d'offre qui contiennent les critères d'adjudication	<ul style="list-style-type: none"> • 75-100%: 0 points • 50-75 %: 1 point • 25-50%: 2 points • 0-25%: 3 points 	La publication des critères d'adjudication augmente la transparence et donc la facilité d'accès au marché.
Frais pour les soumissionnaires	Pourcentage de cas où des frais pour les documents d'appel d'offre sont demandés	<ul style="list-style-type: none"> • 0-25% : 0 points • 25-50% : 1 point • 50-75% : 2 points • 75-100% : 3 points 	Le fait de demander des frais pour les documents d'appel d'offre constitue une barrière d'accès au marché.
Fréquence de publication	Pourcentage de cas où le marché est publié à plusieurs reprises	<ul style="list-style-type: none"> • 75-100%: 0 points • 50-75 %: 1 point • 25-50%: 2 points • 0-25%: 3 points 	La publication à plusieurs reprises augmente la transparence et la visibilité et facilite donc l'accès au marché.

Annexe 8: Effectif et valeur des marchés publics adjugés dans les cantons entre janvier 2001 et juin 2002 selon les différentes procédures

Annexe 8 : Effectif et valeur des marchés publics adjugés dans les cantons entre janvier 2001 et juin 2002 selon les différentes procédures

Chiffres tirés des réponses aux questionnaires (annexe 6). Domaines d'adjudication: RN = routes nationales, RC = routes cantonales, BAT = bâtiment, INFO = achats en matériel informatique.

A) Canton de Berne

Nombre de marchés publics adjugés entre janvier 2001 et juin 2002

BERNE	RN*		RC**		BAT		INFO	
	procédure:	N°	%	N°	%	N°	%	N°
ouverte ou sélective	22	6%	234	29%	68	1%	19	50%
sur invitation	170	45%	300	37%	1450	13%	19	50%
de gré à gré	189	50%	268	33%	9700	86%	0	0%
total	381	100%	802	100%	11218	100%	38	100%

*données pour 2001; **correspond au total des quatre Oberingenieurkreise

Valeur des marchés publics adjugés entre janvier 2001 et juin 2002 (en millions)

BERNE	RN*		RC**		BAT		INFO	
	procédure:	valeur	%	valeur	%	valeur	%	valeur
ouverte ou sélective	122.6	78%	75.20	72%	72.9	42%	d.m.	d.m.
sur invitation	22.51	14%	15.29	15%	71.2	41%	d.m.	d.m.
de gré à gré	11.37	7%	14.07	13%	31	18%	d.m.	d.m.
total	156.4	100%	104.56	100%	175.1	100%	d.m.	d.m.

*données pour 2001; ** correspond au total des quatre Oberingenieurkreise

Annexe 8: Effectif et valeur des marchés publics adjugés dans les cantons entre janvier 2001 et juin 2002 selon les différentes procédures

B) Canton de Fribourg

Nombre de marchés publics adjugés entre janvier 2001 et juin 2002

FRIBOURG	RN		RC		BAT		INFO	
	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%
ouverte ou sélective	10	7%	19	73%	0	0%	3	3%
sur invitation	29	20%	7	27%	2	0%	4	4%
de gré à gré	107	73%	0	0%	1537	100%	105	94%
total	146	100%	26	100%	1539	100%	112	100%

Valeur des marchés publics adjugés entre janvier 2001 et juin 2002 (en millions)

FRIBOURG	RN		RC		BAT		INFO	
	valeur	%	valeur	%	valeur	%	valeur	%
ouverte ou sélective	4.834	47%	26	98%	0	0%	2.64	55%
sur invitation	2.41	24%	0.6	2%	d.m.	d.m.	0.6	12%
de gré à gré	2.98	29%	0	0%	d.m.	d.m.	1.6	33%
total	10.22	100%	26.6	100%	2.791	100%	4.84	100%

Annexe 8: Effectif et valeur des marchés publics adjugés dans les cantons entre janvier 2001 et juin 2002 selon les différentes procédures

C) Canton de Valais

Nombre de marchés publics adjugés entre janvier 2001 et juin 2002

VALAIS	RN		RC		BAT		INFO	
	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%
ouverte ou sélective	201	24%	d.m.	d.m.	d.m.	d.m.	2	0%
sur invitation	45	5%	d.m.	d.m.	d.m.	d.m.	5	0%
de gré à gré	605	71%	d.m.	d.m.	d.m.	d.m.	1500	100%
total	851	100%	d.m.	d.m.	d.m.	d.m.	1507	100%

Valeur des marchés publics adjugés entre janvier 2001 et juin 2002 (en millions)

VALAIS	RN		RC*		BAT		INFO	
	valeur	%	valeur	%	valeur	%	valeur	%
ouverte ou sélective	86.8	81%	d.m.	d.m.	60	91%	0.58	6%
sur invitation	3.48	3%	d.m.	d.m.	2	3%	0.19	2%
de gré à gré	17.4	16%	d.m.	d.m.	4	6%	8.98	92%
total	107.7	100%	d.m.	d.m.	66	100%	9.75	100%

*estimations pour 2001

D) Canton de Vaud

Nombre de marchés publics adjugés entre janvier 2001 et juin 2002

VAUD	RN		RC		BAT		INFO	
	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%
ouverte ou sélective	28	6%	16	9%	d.m.	d.m.	d.m.	d.m.
sur invitation	7	2%	20	11%	d.m.	d.m.	d.m.	d.m.
de gré à gré	400	92%	144	80%	d.m.	d.m.	d.m.	d.m.
total	435	100%	180	100%	d.m.	d.m.	d.m.	d.m.

Valeur des marchés publics adjugés entre janvier 2001 et juin 2002 (en millions)

VAUD	RN		RC		BAT*		INFO	
	valeur	%	valeur	%	valeur	%	valeur	%
ouverte ou sélective	59.5	83%	13.14	56%	39.75	95%	d.m.	d.m.
sur invitation	1.95	3%	5.068	22%	0	0%	d.m.	d.m.
de gré à gré	10	14%	5.25	22%	1.996	5%	d.m.	d.m.
total	71.45	100%	23.46	100%	41.74	100%	d.m.	d.m.

*données pour 2001

**Annexe 8: Effectif et valeur des marchés publics adjugés dans les cantons
entre janvier 2001 et juin 2002 selon les différentes procédures**
