
ANDREAS R. ZIEGLER* / SILVIO DA SILVA**

L'importance de l'Accord de l'OMC sur les marchés publics pour le droit des marchés publics en Suisse

Sommaire

Page

Introduction	1
I. Le développement du droit des marchés publics en Suisse	3
II. Terminologie des marchés publics en Suisse	4
III. Les bases légales des marchés publics en Suisse	4
IV. La jurisprudence du Tribunal Fédéral concernant le GPA	9
Vue d'ensemble	11
Bibliographie	12

Introduction

Le destinataire de ces mélanges est connu en Suisse comme l'un des principaux spécialistes du droit des marchés publics¹. Aujourd'hui, ce domaine du droit revêt une grande importance pour les entrepreneurs et les collectivités publiques en Suisse. Cela n'a pas toujours été le cas. Pour l'essentiel, la Suisse a dû adapter son ordre juridique dans le cadre de la libéralisation (globalisation) internationale. La Suisse n'étant pas membre de l'Union européenne (UE), l'Accord sur les marchés publics (communément abrégé « AMP » – néanmoins cité « GPA » dans la présente contribution d'après le titre anglais) revêt un important rôle, notamment dans l'interprétation du droit interne. Ainsi,

* Professeur à l'Université de Lausanne ; Co-Directeur du programme de maîtrise d'études avancées en droit des affaires internationales (LL.M. in International Business Law).

** Assistant de recherche l'Université de Lausanne.

¹ Cf. en particulier POLTIER, *Droit des marchés publics*. D'autres travaux de référence dans ce domaine sont notamment GALLI *et al.* ou CLERC (2013) ; FETZ (2007), p. 461-596.

l'accord a un rôle similaire à celui des décrets d'application au sein de l'UE et à celui de la jurisprudence existante de la Cour de justice européenne (CJUE)².

La présente contribution examine dans quelle mesure le GPA joue un rôle dans la jurisprudence du Tribunal fédéral et ce que l'on peut en déduire pour l'impact des accords internationaux (notamment dans le domaine du droit international économique) en droit suisse et en particulier en droit économique et pour l'ouverture des marchés pour la Suisse³. Bien que dans l'ensemble la jurisprudence topique tant au niveau fédéral comme au niveau cantonal soit éparse, nous traiterons brièvement des affaires les plus importantes dans les pages qui suivent⁴. Ceci est d'autant plus intéressant que le Conseil national et le Conseil des États ont adopté à l'unanimité, le 21 juin 2019, une révision totale de la Loi fédérale sur les marchés publics (LMP), qui a été essentiellement déclenchée par le développement du GPA au niveau international (GPA 2012). Parallèlement, le Parlement a également adopté à l'unanimité l'Accord révisé sur les marchés publics l'OMC (GPA 2012)⁵. Une révision dont le dessein était en particulier de prendre en considération la compatibilité entre la volonté de certaines parties prenantes avec le droit de l'OMC⁶. En ce sens, le présent texte vise à contribuer au débat sur la pertinence du droit international dans l'ordre juridique suisse – et en particulier la position du droit de l'OMC en Suisse. Une thématique quelque peu négligée ces dernières années, après que la littérature ait effectivement abordé le sujet pendant les années 1990⁷.

² Cf. la littérature abondante concernant les rapports entre le droit national et le droit européen des marchés publics, dont par exemple la contribution de FRENZ pour l'Allemagne.

³ Cf. à propos de cette problématique, par exemple, LYDGATE, p. 561-582.

⁴ En outre, il ne faut évidemment pas oublier qu'aujourd'hui, le Tribunal administratif fédéral (et les autres autorités cantonales en particulier) prennent des décisions intéressantes dans ce domaine. Les procédures de recours précédemment traitées par la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (CRM) relèvent de la compétence du Tribunal administratif fédéral depuis le 1^{er} janvier 2007 (art. 27 LMP), voir par exemple récemment l'Arrêt du Tribunal Administratif Fédéral B-4011/2018 du 11 Octobre 2018 (consid. 3.6) concernant l'interprétation de la LMP en conformité avec le droit international (à la lumière du GPA); également discuté dans RAUBER (2018).

⁵ Cf. la documentation de la Chancellerie fédérale à l'adresse suivante <https://www.bkb.admin.ch/bkb/fr/home/oeffentliches-beschaffungswesen/revision-des-beschaffungsrechts.html>.

⁶ Cf. *infra*.

⁷ Cf. ZIEGLER (2010), p. 391-407 ou ZIEGLER (2012), p. 322-341.

I. Le développement du droit des marchés publics en Suisse

Les marchés publics en Suisse ont pendant longtemps été considérés comme un domaine pratiquement dénué de normes⁸. Il était considéré comme presque caractéristique de la structure fédérale du pays, avec une autonomie généralement étendue pour chaque commune, que les autorités locales étaient responsables au premier chef du développement économique local lors de l'attribution de leurs contrats. Il n'est donc pas surprenant que les développements économiques et juridiques des vingt dernières années aient dû conduire à une réorientation en profondeur avec les difficultés d'adaptation correspondantes.

En substance, la situation jusqu'en 1995 peut être résumée comme suit : en Suisse, il n'y avait pratiquement aucune prétention juridique individuelle visant au respect d'une procédure d'adjudication de marchés publics et l'adjudicateur public jouissait d'une liberté quasi-totale dans le choix du soumissionnaire à prendre en considération.

D'un point de vue procédural, cela a surtout conduit à des procédures de protection juridique très limitées, ce qui, dans de nombreux cas, excluait complètement l'accès à un tribunal⁹. Les décisions des autorités qui ont attribué le marché public n'étant pas considérées comme des actes juridiques susceptibles de recours, les voies de recours contre ce type d'action administrative étaient extrêmement limitées. Dans la plupart des cantons, il n'y avait aucune voie de droit contre les décisions de soumission. Selon la doctrine et la jurisprudence en vigueur, il s'agissait d'une « action étatique informelle » qui ne pouvaient pas faire l'objet d'un recours devant des juridictions administratives (que de toute manière l'on pourrait qualifier de rudimentaires à l'époque)¹⁰. Ainsi, jusqu'à la fin des années 1990, le Tribunal fédéral n'a accordé la possibilité d'intenter une action que si un déni de justice effectif ou une violation des droits procéduraux était invoqué sur la base du droit procédural cantonal ou de l'article 4 de l'ancienne Constitution fédérale de 1874 (aCst)¹¹.

⁸ Dans ce sens, se référer à l'importante contribution de MÜLLER au droit constitutionnel et droit administratif suisse (principalement en matière de naturalisation). Cf. *infra* Section 3.

⁹ Cf. à ce propos ATF 119 Ia 424 ou 126 I 144, ainsi que ALBERTINI, p. 279 ss.

¹⁰ Cf. CLERC (2002), n° 27 pour plus d'information.

¹¹ Cf. pour l'ancien droit ATF 114 Ia 307 consid. 3c ; 118 Ia 232 consid. 1a ; 119 Ia 424 consid. 1c et 2.

II. Terminologie des marchés publics en Suisse

La terminologie juridique utilisée en Suisse est très variée. Si le terme « marchés publics » s'est imposé en raison des influences internationales au niveau fédéral et dans de nombreux cantons de Suisse alémanique¹², de nombreux actes législatifs cantonaux utilisent encore les termes plus traditionnels de droit en matière d'adjudication et de soumissions (*Submissionsrechts und der Submissionen*)¹³. C'est pourquoi le terme « *Submittenten* » est souvent utilisé aujourd'hui pour désigner les soumissionnaires en Suisse alémanique. Les termes « droit des marchés publics » et « marchés publics » en général étaient initialement rares et principalement utilisés dans les régions frontalières avec l'Allemagne¹⁴, démontrant là encore, du moins en Suisse alémanique, que l'on peut difficilement échapper à l'influence du droit et de la doctrine allemande¹⁵.

En Suisse romande, on parle généralement de « adjudication des marchés publics »¹⁶ ou « passation de marchés (publics) »¹⁷, mais aussi de « soumissions »¹⁸. Les expressions « achat public » ou « achats de l'État » utilisées en France ne sont normalement pas employées dans ce contexte. Au Tessin, on parle de « *commesse pubblica* » ou « *appalti pubblici* ». Outre une dispersion de la jurisprudence, cette diversité linguistique ne facilite pas particulièrement la recherche des décisions judiciaires pertinentes.

III. Les bases légales des marchés publics en Suisse

Depuis 1996, l'adjudication des marchés publics a fait l'objet d'une réorganisation complète à tous les niveaux, c'est-à-dire au niveau fédéral, cantonal et, dans certains cas, communal. Les développements dans le cadre de l'OMC, mais aussi dans le marché intérieur européen, n'ont guère eu un effet aussi spectaculaire et direct dans aucun autre domaine du droit que celui des marchés publics. Il s'agit d'un excellent exemple

¹² Par exemple, les cantons de Appenzell Rhodes-Intérieures, Appenzell Rhodes-Extérieures, Bâle-Campagne, Bâle-Ville, Berne, Fribourg, Lucerne, Nidwald (partiellement), Obwald (partiellement), Schwytz, Soleure (partiellement), Thurgovie, Uri (partiellement), Zurich (partiellement). Cf. à ce propos GALLI *et al.*, p. 34-40.

¹³ Voir par exemple les actes législatifs adoptés dans les cantons d'Argovie, Glaris, Grisons, Nidwald (partiellement), Obwald (partiellement), Soleure (partiellement), Uri (partiellement), Zoug et Zurich (partiellement).

¹⁴ Canton de Schaffhouse (partiellement).

¹⁵ Cf. SCHNEIDER. Le terme a également prévalu en Autriche ; à ce propos cf. HOLOUBEK *et al.*

¹⁶ Cantons du Jura, Genève (partiellement), Neuchâtel, Vaud et Valais.

¹⁷ Canton de Genève (partiellement).

¹⁸ Canton de Genève (partiellement).

d'interaction entre le droit international, régional et national, dans lequel la garantie de certains principes fondamentaux au niveau international a conduit à la création de droits et de voies de recours correspondants au niveau national (y inclus les cantons et communes). On peut donc parler d'un exemple intéressant de « gouvernance à plusieurs niveaux » (*multilayered governance*) dans ce domaine.

En raison de la structure fédérale de la Suisse et d'une forte intégration économique aux niveaux régional et mondial, le droit suisse des marchés publics reste très fragmenté¹⁹. Les règles applicables se trouvent dans un grand nombre de sources, ce qui porte gravement atteinte à la sécurité juridique et à la transparence²⁰ et se reflète également dans la jurisprudence²¹.

Au niveau mondial, la Suisse a adhéré à l'Accord sur les marchés publics du 15 avril 1994 (GPA 1994)²² dans le cadre de l'OMC. Il s'agit d'un accord plurilatéral auquel tous les membres de l'OMC ne sont pas liés, contrairement aux accords multilatéraux issus de l'Uruguay Round. En Suisse également, la référence à cet accord généralement faite en anglais, de sorte que l'on trouve généralement aussi dans la jurisprudence l'abréviation GPA pour *Government Procurement Agreement*, en même temps on trouve également la référence germanisée ainsi que l'abréviation allemande « ÜoEB ». Cet accord régit l'attribution des marchés dans la Confédération et les cantons, mais aussi dans les districts et les communes²³. Dans tous les domaines, l'assujettissement ne se fait en principe qu'au-dessus d'une certaine valeur seuil.

Le facteur décisif de la coopération internationale dans le domaine des marchés publics a été la prise en compte du fait que l'État et les entités contrôlées directement ou indirectement par lui consomment une grande partie des biens (infrastructures, moyens de transport, médicaments et équipements médicaux, etc.) et des services (construction routière, entretien des infrastructures, etc.) dans de nombreux États, et que les marchés publics peuvent entraîner une distorsion importante du marché, qui a normalement une

¹⁹ STÖCKLI, p. 32.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Outre la mise en œuvre du GPA 2012 dans la LMP, l'un des principaux objectifs de la révision adoptée en 2019 était d'harmoniser autant que possible et de manière significative les réglementations de la Confédération et des cantons en matière de marchés publics. Cela répond à une demande émise par l'industrie depuis des années, car l'hétérogénéité de la situation juridique actuelle a entraîné une insécurité juridique inutile et des procédures coûteuses.

²² RS 0.632.231.422.

²³ Alors qu'à l'origine, conformément au GPA, les districts et les communes devaient uniquement réglementer les contrats attribués aux entreprises dans les secteurs de l'eau potable, des transports et de l'approvisionnement énergétique, les négociations avec l'UE ont conduit à une expansion substantielle dans ce domaine. En ce qui concerne l'applicabilité du GPA aux marchés publics passés par des collectivités publiques locales (c'est-à-dire, à l'échelon le plus bas des subdivisions administratives) dans le cadre des États membres de l'UE, voir ci-dessous.

tendance protectionniste. Par conséquent, il est dans l'intérêt de tous les États de soumettre également les marchés publics de biens et de services à une réglementation commune en matière de libéralisation. Dans ce cadre, il est souvent convenu de certains seuils au-delà desquels ces règles s'appliquent afin de limiter la charge de travail. En outre, l'assujettissement à ces règles communes peut être limité à certains secteurs et aux demandeurs étatiques. Plus on suppose que le nombre d'organismes et de secteurs gouvernementaux est élevé et plus les seuils choisis sont bas, plus l'effet de libéralisation sera important. En ce qui l'aspect procédural, les principales obligations convenues sont la transparence par le biais d'obligations de publication, la non-discrimination, la vérifiabilité judiciaire et les garanties procédurales²⁴. En outre, le marché doit normalement être attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse.

Pour l'OMC, il convient toutefois de noter que ce domaine n'a été réglementé que dans le cadre d'un accord plurilatéral. Celui-ci prévoit également des seuils²⁵ et l'obligation d'attribuer au soumissionnaire économiquement le plus avantageux. En principe, chaque pays détermine lui-même les organismes gouvernementaux qu'il place sous son contrôle. L'accord contient également des obligations de transparence (art. XIX), une clause prévoyant l'application du principe de la nation la plus favorisée et de traitement national (art. III), ainsi que d'autres garanties de procédurales (art. VIII, XI, XIII, etc.). La Suisse, l'UE et ses États membres ont ratifié le GPA à l'issue du cycle d'Uruguay (RS 0.632.231.422). Dans le cadre de sa mise en œuvre, la Suisse a introduit la Loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP)²⁶ qui, outre les obligations découlant de l'OMC, vise également à tenir compte des obligations découlant des accords bilatéraux et à éviter toute discrimination entre cantons.

Malgré la paralysie des réformes et la crise de l'OMC, il a été possible d'aboutir à un accord dans le domaine des marchés publics afin de réviser le GPA (GPA 2012)²⁷. Suite à l'aboutissement de ces négociations, l'administration fédérale a élaboré une révision totale de la LMP, que le Conseil national et le Conseil des États ont adopté à l'unanimité le 21 juin 2019. Parallèlement, le Parlement a également adopté à l'unanimité l'Accord révisé de l'OMC sur les marchés publics (GPA 2012)²⁸. Il est particulièrement intéressant de noter à ce propos que de nombreuses différences subsistent dans la loi,

²⁴ Pour une explication de ces principes de droit (international) économique cf. ZIEGLER (2017), n° 324.

²⁵ En règle générale, 130 000 droits de tirage spéciaux (DTS) du FMI, en 2016 environ 230 000 CHF ; pour les biens et services de la Confédération ou 200 000 DTS (environ 350 000 CHF) pour les cantons, mais plus élevés dans certains cas, en particulier pour les contrats de constructions normalement 5 000 000 DTS, soit environ 8,7 millions CHF.

²⁶ RS 172.056.1.

²⁷ Cf. à ce propos, par exemple, ANDERSON/MÜLLER.

²⁸ Cf. la documentation de la Chancellerie fédérale à l'adresse suivante <https://www.bkb.admin.ch/bkb/fr/home/oeffentliches-beschaffungswesen/revision-des-beschaffungsrechts.html>.

selon que l'adjudication du marché public est soumise (c'est-à-dire, en vertu du champ d'application d'un traité) ou non à d'autres engagements en vertu droit international²⁹. Outre des dispositions procédurales la question des critères d'attribution non conformes au droit de l'OMC a été particulièrement controversée³⁰. Cela démontre d'une manière particulièrement élégante que, parfois seuls les engagements internationaux permettent de dépasser les intérêts nationaux particuliers et d'atteindre une plus grande transparence et équité³¹.

L'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics du 21 juin 1999³² renforce les standards typiques de l'accord de l'OMC dans le domaine dans le cadre des relations bilatérales entre la Suisse et l'UE. Il s'agit d'un des accords dits bilatéraux, car ils sont devenus de plus en plus importants à la suite du rejet de l'EEE par le souverain suisse. Celui-ci est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2002. Il est particulièrement important que cet accord soumette également l'attribution des marchés par des autorités et organismes publics à l'échelon communal aux règles générales du GPA (Chapitre I). En outre, l'accord étend l'applicabilité sectorielle aux services de télécommunications, d'énergie et de transport ferroviaire (Chapitre II). Ce complément du GPA est entré en vigueur le 7 février 2003³³. Afin de parvenir au même degré de libéralisation et à un ensemble de règles aussi uniforme que possible pour les États membres de l'AELE participant à l'EEE, des adaptations correspondantes ont été apportées lors de la révision de la Convention AELE en 2001³⁴. De nombreux autres accords commerciaux bilatéraux utilisent le modèle du GPA. Si tous les partenaires sont déjà des États membres du GPA, le degré de libéralisation bilatérale n'est normalement augmenté que par l'ajout d'agences gouvernementales et/ou de secteurs supplémentaires et l'abaissement des seuils.

La Confédération a promulgué diverses lois et ordonnances qui influencent le domaine des marchés publics. La loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP)³⁵ peut être considéré comme un acte de transposition du GPA. Cette loi fédérale est complétée par l'Ordonnance sur les marchés publics 11 décembre 1995 (OMP)³⁶. La loi fédérale et l'ordonnance sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 1996 et ont depuis été révisés à plusieurs reprises. Dans sa forme révisée, l'ordonnance met également en

²⁹ Art. 3 let.c de la LMP révisé du 21 Juin 2019 (LMP 2019).

³⁰ Art. 29 LMP 2019.

³¹ Cf. à ce sujet SCHÖCHLI. Au niveau international, par exemple, GEORGIEVA.

³² RS 0.172.052.68. Pour un examen en détail cf. BIAGGINI, p. 651-731.

³³ Cf. GALLI *et al.*, p. 22-23, STÖCKLI, p. 21 et WEBER, p. 110-112.

³⁴ RS 0.0.632.31 ; art. 37 dans le Chapitre XII et l'Annexe R. Cf. le Message du Conseil fédéral relatif à l'amendement de l'Accord du 21 juin 2001, FF 2001, p. 4729 ss, en particulier p. 4763 ss.

³⁵ RS 172.056.1.

³⁶ RS 172.056.11.

œuvre l'accord bilatéral avec l'Union européenne au niveau fédéral. Diverses lois spéciales influencent l'adjudication du marché dans des domaines particuliers, tels que le développement du transport ferroviaire transalpin³⁷ ou la construction de routes nationales³⁸. En outre, certaines ordonnances fédérales complètent ces réglementations à certains égards³⁹.

En principe, l'élaboration des procédures de passation des marchés publics au niveau des cantons, des districts ou des communes est laissée à l'appréciation des autorités compétentes. C'est pourquoi chaque canton dispose aujourd'hui de sa propre loi cantonale sur les marchés publics, souvent désignée sous le nom de la loi en matière d'adjudication (*Submissionsgesetz*)⁴⁰. En outre, il existe des actes législatifs au niveau des communes ou des districts.

Afin d'éviter les discriminations et d'assurer une mise en œuvre uniforme des obligations internationales, les cantons ont conclu l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP)⁴¹. Il s'agit d'un concordat, instrument de coordination entre les cantons dans leurs domaines de compétence. Tous les cantons ont adhéré à ce concordat.

Afin de garantir un certain degré minimum de libéralisation et de non-discrimination dans l'ensemble du marché intérieur suisse, plusieurs actes législatifs fédéraux visant à promouvoir la concurrence et l'ouverture du marché en Suisse contiennent également des dispositions importantes pour les marchés publics dans les cantons et les communes. Cela vaut en particulier pour les dispositions de la Loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI)⁴² et la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart)⁴³. La Loi sur les travailleurs détachés du 8 octobre 1999 (LDét)⁴⁴ contient également des dispositions relatives aux marchés publics dans la mesure où le

³⁷ Art. 13 de la Loi sur le transit alpin du 4 octobre 1991 (RS 742.104) en lien avec l'Ordonnance sur la construction de la ligne ferroviaire suisse à travers les Alpes du 28 février 2001 (RS 742.104.1).

³⁸ Par exemple, art. 38 ss de l'Ordonnance sur les routes nationales du 7 novembre 2007 (RS 725.111) (auparavant : Art. 44 ss de l'Ordonnance du 18 décembre 1995 sur les routes nationales (ORN)).

³⁹ Quelques exemples sont l'Ordonnance du DETEC sur l'exemption du droit des marchés publics (RS 172.056.111), l'Ordonnance du DEFR sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour les années 2018 et 2019 (RS 172.056.12) et l'Ordonnance sur l'organisation des marchés publics de l'administration fédérale (RS 172.056.15).

⁴⁰ Cf. la vue d'ensemble présentée dans GALLI *et al.*, p. 34-40.

⁴¹ L'accord intercantonal peut être consulté auprès des recueils législatifs cantonaux, par exemple, pour le canton de Saint-Gall : https://www.gesetzessammlung.sg.ch/app/de/texts_of_law/841.32.

⁴² RS 943.02.

⁴³ RS 251.

⁴⁴ Loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (LDét) du 8 octobre 1999 (RS 823.20).

salaire minimum et les conditions de travail sont fixés pour les travailleurs détachés en Suisse.

IV. La jurisprudence du Tribunal Fédéral concernant le GPA

Une série particulièrement importante d'affaires relevant de la compétence du Tribunal fédéral concerne la classification d'un bien ou d'un service et le marché correspondant. Cela est particulièrement important lorsque les règles applicables diffèrent selon que l'on relève ou non du *champ d'application d'un traité*⁴⁵. En 1998, le Tribunal fédéral s'est référé pour la première fois aux annexes du GPA dans son arrêt ATF 125 II 86 afin d'établir cette question. La Cour suprême fédérale a également déclaré, pour la première fois, que le GPA pouvait être consulté alors même qu'il n'est pas directement applicable⁴⁶.

Peu après, le Tribunal fédéral a déclaré dans un nouvel arrêt⁴⁷ que l'*adjudication d'une concession* n'entraîne qu'exceptionnellement dans le champ d'application du GPA, puisque pratiquement aucun engagement n'avait été pris⁴⁸. Récemment, dans une décision du 21 février 2019⁴⁹, le Tribunal fédéral a toutefois eu pour la première fois l'occasion d'examiner en détail les Annexes 2 et 3 de l'Appendice I pour la définition de l'expression « organisme de droit public ».⁵⁰ Le Tribunal fédéral s'est également référé, du moins marginalement, au GPA dans son appréciation (dans l'arrêt du 9 janvier 2009⁵¹) de la question de savoir si une concession pour la mise à disposition de vélos en libre-service constitue un marché public.⁵² Dans un arrêt du 18 juillet 2016⁵³, la notion « organisme de droit public » a été à nouveau précisée en détail à la lumière des annexes du GPA. De même, dans deux arrêts de 2018 (ATF 144 II 177 consid. 1.3 et l'ATF 144 II

⁴⁵ Pour un approfondissement à ce propos cf. BEYELER.

⁴⁶ Cf. consid. 8, à ce propos ZUFFEREY/REVAS, p. XVI et XVII.

⁴⁷ ATF 125 I 209 du 26 avril 1999.

⁴⁸ Il est intéressant de relever que c'est précisément cette absence de dispositions favorisant la concurrence dans l'octroi des concessions qui fait l'objet de discussions croissantes, cf. Accès aux marchés fermés de la Confédération – Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat 15.3398 Caroni du 5 mai 2015, Berne 7 juin 2019. Cf. déjà antérieurement ZWALD, p. 28-31.

⁴⁹ Arrêt du 21 février 2019 (2C_196/2017), consid. 4.2. Le Tribunal fédéral s'est également prononcé en détail sur POLTIER, Les pouvoirs adjudicateurs, p. 1115.

⁵⁰ Cf. à ce propos RAUBER (2019).

⁵¹ ATF 135 II 49, consid. 4.3.1. et 5.2.2.

⁵² En particulier l'art. II par. 2 et l'Annexe 4 de l'Appendice I.

⁵³ ATF 142 II 369, consid. 3.

184), il a été fait référence de manière fortuite à la définition large des marchés publics du GPA (art. I par.1 et art. II).

En outre, les *aspects procéduraux* du GPA⁵⁴ sont relativement fréquemment évoqués, en particulier l'art. XIII GPA (présentation, réception et ouverture des soumissions, et adjudication des marchés). Ces questions sont particulièrement importantes en raison des engagements internationaux en matière de transparence, non-discrimination et des garanties procédurales. Pour la première fois, une brève référence y a été faite dans une décision du 28 juin 2004⁵⁵, puis à nouveau dans l'arrêt du Tribunal fédéral du 29 avril 2008⁵⁶, où l'importance du GPA pour l'interprétation du droit suisse est soulignée. Un arrêt du 4 septembre 2015⁵⁷ mentionne l'art. XIII GPA comme étant à l'origine d'un règlement applicable en droit suisse, sans que cela n'ait d'autres suites. De même, dans un arrêt du 18 juillet 2017⁵⁸, un renvoi est brièvement effectué à l'art. XIII GPA afin d'établir la signification de l'art. 13 AIMP. Dans ce domaine, nous pouvons également mentionner la référence, dans un arrêt du 11 mars 2011⁵⁹, à la répartition de la charge de la preuve (art. XV GPA), qui a été transposée en droit suisse. Enfin, le Tribunal fédéral traite de la mise en œuvre en droit suisse des dispositions en matière de garanties procédurales contenues dans l'art. XX GPA dans un arrêt du 21 août 2015⁶⁰.

La décision du 1er mars 2015⁶¹ peut sans doute être désignée comme la plus détaillée du Tribunal fédéral sur le GPA. D'une part, il a à nouveau été question de la qualification de l'adjudication (et donc de l'applicabilité du GPA)⁶² et, d'autre part, des règles de procédure qui en découlent (l'existence de la clause d'urgence permettant de s'écarter des règles de procédure plus complexes)⁶³. Cette procédure a été marquée par une dissension complète avec le droit de l'UE dans ce domaine, étant précisé que les règles adoptées à l'OMC sont les mêmes⁶⁴.

⁵⁴ Cf. à ce sujet ZIEGLER (2011), p. 99-117.

⁵⁵ ATF 130 I 241, consid. 4.3.

⁵⁶ ATF 134 II 192, consid. 2.3.

⁵⁷ ATF 141 II 353, consid. 6.1.

⁵⁸ ATF 143 II 553 consid. 6.4 et 7.1, cf. à ce propos KÄSER.

⁵⁹ ATF 137 II 313, consid. 3.5.2.

⁶⁰ ATF 141 II 307, consid. 6.3.

⁶¹ ATF 141 II 113. Cette décision a bien entendu été également discutée par l'honorable POLTIER, Commentaire de l'Arrêt du Tribunal fédéral 2C_1131/2013. Cf. également KLABER.

⁶² Consid. 3.2.1 sur l'Annexe 2 de l'Appendice I GPA.

⁶³ Consid. 4 et 5 sur l'art. VII par. 3 let. a-c, l'art. IX par. 1, art. X par. 3 et l'art. XV par. 1 let. c GPA.

⁶⁴ Consid. 5.3 : « Les développements ainsi consacrés par le droit de l'UE peuvent servir de source d'inspiration aux juridictions suisses ». Déjà dans l'ATF 142 II 369 (voir *supra*) le renvoi étendu à la jurisprudence de la CJUE se remarque : arrêt CJUE du 12 septembre 2013, *IVD GmbH & Co. KG contre Ärztekammer Westfalen-Lippe*, C-526/11 et arrêt CJUE du 3 octobre 2000, *University of Cambridge*, C-380/98.

Vue d'ensemble

La jurisprudence du Tribunal fédéral se réfère régulièrement au droit de l'OMC respectivement au GPA. Afin d'en avoir une vue d'ensemble, les décisions concernant le domaine sont énumérées ci-après :

Année	Référence	Domaine	Dispositions du GPA 1994 concernée(s)
2019	2C_196/2017	Champ d'application	Appendice I, Annexe 3, nbp 1 Appendice I, Annexe 2
2018	ATF 144 II 184	Champ d'application	Art. I par. 1
2018	ATF 144 II 177	Champ d'application	Art. I par. 1
2017	ATF 143 II 553	Dispositions procédurales	Art. XIII
2017	ATF 143 II 425	Champ d'application Dispositions procédurales	Art. III par. 1 ; art. XIII let. a
2016	ATF 142 II 369	Champ d'application	Art. I par. 1 ; Annexes
2015	ATF 141 II 353	Dispositions procédurales	Art. XIII
2015	ATF 141 II 307	Dispositions procédurales	Art. XX
2015	ATF 141 II 113	Champ d'application Dispositions procédurales	Art. I par. 1 ; art. VII par. 3 ; art. IX ; art. XV par. 1 let. c
2011	ATF 137 II 313	Dispositions procédurales	Art. XV
2009	ATF 135 II 49	Champ d'application	Art. II par. 2 ; Appendice I
2008	ATF 134 II 192	Dispositions procédurales	Art. XIII
2004	ATF 130 I 241	Dispositions procédurales	Art. XIII
1999	ATF 125 I 209	Champ d'application	Appendice I
1998	ATF 125 II 86	Champ d'application Dispositions procédurales	Appendice I, art. XII par. 2 let. h Préambule et art. XVII

Certaines de ces références n'étaient pas toujours indispensables. Dans de nombreux cas (en particulier les anciens), il n'est fait référence au GPA qu'au titre de garantie complémentaire, et ensuite précisé que la mise en œuvre nationale correspond exactement à cette exigence. Plus intéressants sont évidemment les jugements dans lesquels le droit interne n'est pas clair ou est incomplet de sorte qu'une interprétation conforme au droit international se justifie ou contribue même à combler cette lacune. Cela est particulièrement le cas en raison des définitions assez larges du GPA.

Comme déjà mentionné, une analyse complète du rôle du GPA en Suisse devrait inclure au moins la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral (et auparavant de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics). Sur la base de l'analyse ponctuelle mentionnée dans cet article, sa jurisprudence semble également étayer les conclusions tirées ici⁶⁵.

⁶⁵ Cf. à ce propos FETZ (2009).

Bibliographie

- ALBERTINI Michele, Die bundesgerichtlichen Kriterien zum öffentlich-rechtlichen Rechtsschutz im Submissionsverfahren, eine Analyse der aktuellen bundesgerichtlichen Praxis und insbesondere BGE 199 Ia 424, *recht* 1994, p. 279 ss.
- ANDERSON Robert D. / MÜLLER Anna Caroline, The revised WTO agreement on government procurement (GPA) – key design features and significance for global trade and development, *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 48, Nr. 4, 2017, p. 949-1008.
- BEYELER Martin, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, Zurich 2012.
- BIAGGINI Giovanni, Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, in : Thürner/Weber/Portmann/Kellerhals (édit.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz — EU*, Zurich 2007, p. 651-731.
- CLERC Evelyne, in : Martenet/Bovet/Tercier (édit.), *Commentaire Romand / Droit de la Concurrence*, 2^e éd., Bâle 2013.
- CLERC Evelyn, Commentaire de l'art. 9 LMI, in : Tercier/Bovet (édit.), *Commentaire romand – Droit de la concurrence*, Genève et al. 2002, p. 1399 ss.
- FETZ Marco, Öffentliches Beschaffungswesen des Bundes, in : Cottier/Oesch (édit.), *Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht*, 2^e éd., Bâle 2007, p. 461-596.
- FETZ Marco, *Rechtsprechung zum öffentlichen Beschaffungsrecht des Bundes – der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (1996-2006), des Bundesverwaltungsgerichtes (2006-2008), inoffizielle Zusammenfassungen der wichtigsten Entscheide ab 1996 bis und mit 2008*, Berne 2009.
- FRENZ Walter, *Vergaberecht EU und national*, Berlin 2018.
- GALLI Peter / MOSER André / LANG Elisabeth / STEINER Marc, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts – Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone*, 3^e éd., Zurich 2013.
- GEORGIEVA Irena, *Using Transparency Against Corruption in Public Procurement – A Comparative Analysis of the Transparency Rules and their Failure to Combat Corruption*, Cham 2017.
- Holoubek Michael / Fuchs Claudia / Holzinger Kerstin, *Vergaberecht – Lehrbuch*, 5^e éd., Vienne 2018.
- KÄSER Beatrice, Das Bundesgericht hat entschieden : Was es bei der Plausibilitätsprüfung des Angebots zu beachten gilt, *Kriterium – Information zur Submissionspraxis*, Nr. 44, 2018.
- KLABER Fabian, 2C_1131/2013 : Die Vergabe eines Auftrages im Staatsvertragsbereich anhand eines Einladungsverfahrens verstösst gegen das Binnenmarktgesetz (amtl. Publ., frz.), 2015, <https://swissblawg.ch/2015/04/2c11312013-die-vergabe-eines-auftrages.html> (consulté le 25.07.2019).
- LYDGATE Emily, Is it Rational and Consistent ? The WTO's Surprising Role in Shaping Domestic Public Policy, *Journal of International Economic Law*, Vol. 20, Nr. 3, 2017, p. 561-582.
- MÜLLER Georg, Reservate staatlicher Willkür – Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle, in : Huber (édit.), *Recht als Prozess und Gefüge : Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag*, Berne 1981, p. 109-125.

- POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics*, Berne 2014.
- POLTIER Etienne, Les pouvoirs adjudicateurs. Champ d'application personnel du droit des marchés publics, *AJP* 9/2008, p. 1115.
- POLTIER Etienne, Marchés publics, recours de la Comco, application de la clause d'urgence (Commentaire de : Arrêt du Tribunal fédéral 2C_1131/2013 du 31 mars 2015 publié à l'ATF 141 II 113), 2015, *Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar*, https://glossa.weblaw.ch/public_preview.php?glossa_id=1045&lang=de (consulté le 25.07.2019).
- RAUBER Martin, B-4011/2018 : Zulässigkeit von Losbeschränkungen in Vergabeverfahren, 2018, <https://swissblawg.ch/2018/10> (consulté le 25.07.2019).
- RAUBER Martin, 2C_196/2017 : subjektiver Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts ; Begriff « Einrichtung des öffentlichen Rechts » (amtl. Publ.), 2019, <https://swissblawg.ch/2019/03> (consulté le 25.07.2019).
- SCHNEIDER HEUSI Claudia, *Vergaberecht*, 2^e éd., Zurich et Saint-Gall 2018.
- SCHÖCHLI Hansueli, « Heimatschutz zulasten der Steuerzahler », *Neue Zürcher Zeitung*, 21 Juin 2019.
- STÖCKLI Hubert, *Das Vergaberecht der Schweiz – Rechtsgrundlagen und Rechtsprechung*, 5^e éd., Fribourg 2002.
- WEBER Rolf H., Verhältnis bilaterale Verträge zu EU-Recht und WTO-Recht, in: Thürner/Weber/Portmann/Kellerhals (édit.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, Zurich 2007, p.103 ss.
- ZIEGLER Andreas R., Die Bedeutung von Art. 6 Abs. 1 EMRK für das Rechtsmittelverfahren im Rahmen des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz, in: Bungenberg/Huber/Streinzius (édit.), *Daseinsvorsorge und öffentliches Beschaffungswesen nach dem Lissabonner Vertrag*, Stuttgart 2011, p. 99-117.
- ZIEGLER Andreas R., *Internationales Wirtschaftsrecht*, 2^e éd., Berne 2017.
- ZIEGLER Andreas R., Subtle but Enduring—The Role of Domestic Courts in Shaping of International Economic Law through Proper Interpretation of Domestic Law : The WTO Agreement before Swiss Courts (Chapter 14), in: Fauchald/Nollkaemper (édit.), *The Practice of International and National Courts and the (De-)Fragmentation of International Law*, Oxford 2012, p. 322-341.
- ZIEGLER Andreas R., The Application of WTO Law in Switzerland, in : Dordi/Claudio (édit.), *The Absence of Direct Effect of WTO in the EC and in other Countries*, Turin 2010, p. 391-407.
- ZUFFEREY Jean-Baptiste / REVAS Benoît, *Le nouveau droit des marchés publics*, Fribourg 1997.
- ZWALD Thomas, Ausschreibung von Konzessionen, *Die Volkswirtschaft* 3/2010.