

Le contrôle des autorités dans le canton de Vaud en cas de non-respect du droit des marchés publics par le pouvoir adjudicateur

Le présent article revient sur les mesures et sanctions pouvant être prononcées contre le pouvoir adjudicateur qui ne respecte pas la réglementation sur les marchés publics. Quelles sont les conséquences du choix de la mauvaise procédure, ou de la non-publication d'un appel d'offres, par le pouvoir adjudicateur qui attribue le marché directement à l'entreprise de son choix ?

Avant d'examiner les autorités chargées du contrôle de la réglementation sur les marchés publics, ainsi que la procédure de contrôle, est mentionné un bref rappel de la législation applicable et des nouveautés prévues par l'accord intercantonal sur les marchés publics entré en vigueur le 1^{er} janvier 2023 dans le canton de Vaud.

I. La législation applicable

Le droit des marchés publics se fonde sur le droit international, essentiellement sur l'accord de l'OMC (AMP) et l'accord bilatéral conclu avec l'Europe. Ces textes ont été transposés dans la législation nationale. Les marchés fédéraux sont assujettis au droit fédéral, principalement la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) et son ordonnance d'exécution (OMP). Les marchés cantonaux et communaux sont régis par les législations de chaque canton (loi et règlement ou ordonnance d'exécution), qui transposent l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) et respectent la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI).

Le 15 novembre 2019, l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) a adopté l'accord intercantonal à l'unanimité des cantons.

Depuis la révision de l'AIMP 2001 (ci-après aAIMP), devenu AIMP 2019 (ci-après AIMP), les cantons disposent de compétences réduites pour légiférer, une fois l'adhésion à cet accord intercantonal effectuée. C'est le cas dans le canton de Vaud. Depuis le 1^{er} janvier 2023, l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) s'applique dans le canton de Vaud.

Les principales nouveautés de l'AIMP révisé comprennent¹:

- la soumission au droit des marchés publics de l'octroi de certaines concessions et de la délégation de certaines tâches publiques;
- la passation des marchés par voie électronique;
- l'introduction d'instruments souples tels que le dialogue, les contrats-cadres, les enchères électroniques ainsi que la réduction des délais pour les offres et la demande de participation dans la procédure sélective;
- la prévention de la corruption dans le domaine des marchés publics;
- la réglementation concernant la récusation aux particularités de la procédure d'adjudication;
- la réglementation systématique des situations justifiant une exclusion de la procédure ou d'autres sanctions;
- l'introduction d'une liste centralisée (non publique) des soumissionnaires et sous-traitants exclus des futurs marchés publics;
- la publication, en vue d'un renforcement de la transparence, de l'interruption de la procédure d'adjudication;
- la possibilité pour l'instance de recours de statuer sur les demandes en dommages-intérêts par attraction de compétence;
- la prolongation du délai de recours de dix à vingt jours;
- la publication obligatoire des publications sur une plateforme Internet de la Confédération et des cantons pour les marchés publics;
- l'intégration aussi étendue que possible dans l'Accord révisé des directives d'exécution (DEMP) jusqu'à présent considérées comme des recommandations

Dans le cadre de la présente contribution, c'est la question de la responsabilité du pouvoir adjudicateur qui sera examinée au travers de l'AIMP et de la nouvelle législation cantonale.

Quelle protection existe-t-il pour les entreprises qui n'ont pas pu participer à une procédure conforme au droit des marchés publics ?

L'accord intercantonal prévoit différentes autorités de contrôle.

II. Autorités de contrôle

Les articles 60 et suivants AIMP indiquent les autorités chargées de surveiller et de faire appliquer le droit des marchés publics. La loi cantonale vaudoise sur les marchés

¹ Révision de l'Accord Intercantonal sur les Marchés Publics (AIMP) du 15 novembre 2019, Message-type version 1.3 du 8 septembre 2022, ch.2.2.3, p. 14s (ci-après : Message AIMP)

publics et son règlement complètent l'AIMP en précisant le département chargé de la surveillance de l'accord dans le canton de Vaud.

Conformément à l'art. 61 al. 1 AIMP, il incombe en premier lieu aux cantons de veiller au respect de l'AIMP. **Chaque canton est donc responsable de veiller à ce que, sur son territoire, les marchés publics respectent les règles de l'AIMP et que les adjudicateurs et les soumissionnaires se conforment aux prescriptions d'adjudication.** Pour ce faire, les cantons doivent désigner un organe de contrôle ou une instance de surveillance cantonale.

Hormis le contrôle effectué par les tribunaux pour la bonne application du droit, on peut citer comme autorités chargées du respect du droit des marchés publics : la Commission des marchés publics Confédération-cantons (CMCC), l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) et l'autorité cantonale de surveillance (Département de la culture, des infrastructures et des ressources humaines (DCIRH) pour le canton de Vaud).

a. La Commission des marchés publics Confédération-cantons (CMCC)

La surveillance du respect des engagements internationaux de la Suisse en matière de marchés publics incombe à la Commission des marchés publics Confédération-cantons (CMCC). Celle-ci est composée à parts égales de représentants de la Confédération et de représentants des cantons. Le secrétariat est assuré par le SECO (art. 60 al. 1 AIMP).

La mission principale de la CMCC consiste à assurer à tous les niveaux une mise en œuvre cohérente des engagements internationaux de la Suisse dans le domaine des marchés publics². La CMCC est nommée par le Conseil fédéral. La CMCC dispose d'un règlement interne qui a été adopté par le Conseil fédéral le 30 novembre 2001 et par l'AiMp le 13 septembre 2001.

Lorsqu'un adjudicateur viole les engagements internationaux, qu'il ne remédie pas à la situation et qu'aucun recours n'a été déposé, la CMCC peut, sur avis d'un soumissionnaire ou de sa propre initiative, intervenir auprès de l'autorité de surveillance compétente de la Confédération ou des cantons³. De simples indices d'une violation des engagements internationaux de la Suisse en matière de marchés publics sont suffisants pour que la CMCC intervienne auprès des autorités de la Confédération ou des cantons (art. 60 al. 3 AIMP). Dans un tel cas, la CMCC les amène à clarifier la situation et, en cas d'irrégularités avérées, à prendre les mesures nécessaires (art. 60 al.

² Message AIMP, ch. 9, ad art. 60, p. 101

³ Message AIMP, ch. 9, ad art. 60, p. 101

3 AIMP). A noter que la loi fédérale sur les marchés publics (LMP), à son article 59, contient une disposition similaire à l'article 60 AIMP, ceci dans un but de coordination entre le droit fédéral et le droit cantonal en droit des marchés publics.

Malheureusement, l'accord intercantonal ne précise toutefois pas quelles sont les mesures qui peuvent être prises par la CMCC. La CMCC peut-elle annuler un contrat déjà conclu alors qu'une procédure de marchés publics n'a pas été suivie ? A ce jour, les tribunaux n'ont pas encore statué sur l'application de l'art. 60 AIMP.

Il faut plutôt voir le rôle de la CMCC comme celui de conseiller. En 2005, le Secrétariat de la CMCC a été amené à ouvrir une enquête préalable portant sur l'utilisation des clauses d'architecte ou d'entrepreneur dans les contrats de vente immobilière dans le canton de Genève. L'enquête a été ouverte suite à une demande de renseignement de la CMCC. Cette dernière a été chargée de trouver une solution à cette problématique et le Secrétariat de la CMCC a publié un avis juridique. Il conclut au constat qu'il n'existe pas d'indices d'une restriction privée à la concurrence sur le marché relevant, ce qui a conduit à la clôture de l'enquête⁴.

Dans un rapport du 15 janvier 2001, la CMCC avait également exprimé son avis sur le respect des conditions de travail et des dispositions sur la protection des travailleurs applicables au lieu où la prestation était fournie, dans le cadre des adjudications⁵.

En vertu de l'art. 7 de son règlement, la CMCC établit chaque année un rapport destiné au Conseil fédéral et à la Conférence Suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP), plus précisément à l'AiMp⁶.

b. L'Autorité intercantonale pour les marchés public (AiMp)

En plus de la CMCC, a été instaurée une autorité intercantonale. Les membres de la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire, et de la protection de l'environnement (DTAP) représentant les cantons parties à l'accord intercantonal, forment l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) (art. 61 al. 1 AIMP).

L'AiMp est notamment chargée de surveiller la mise en œuvre de l'AIMP par les cantons et désigner un organe de contrôle (art. 61 al. 2 let. e AIMP), ainsi qu'adopter un

⁴ DPC 2005/4 p. 605 du 24.05.2005

⁵ DTA 2001 p. 95, Gabriel AUBERT, *L'usage en droit du travail* in Revue de droit du travail et d'assurance-chômage, p. 95 à 102.

⁶ Message AIMP, ch. 9, ad art. 60, p. 102

règlement fixant les règles d'organisation et de procédure pour l'application de l'accord (art. 61 al. 2 let. g AIMP).

En tant qu'organe directeur de l'AIMP, l'AiMp dispose de compétences étendues. Il n'est toutefois pas habilité à trancher de manière contraignante les litiges juridiques et contractuels⁷. La surveillance ne porte que sur les obligations contractuelles que les cantons ont contractées.

L'AiMp collabore avec les Conférences des chefs de départements cantonaux concernées, avec les Conférences spécialisées des cantons et avec la Confédération (art. 61 al. 4 AIMP).

c. L'autorité cantonale de surveillance (DIRH)

La loi cantonale vaudoise sur les marchés publics (LMP-VD) institue le Département de la culture, des infrastructures et des ressources humaines (DCIRH) (ci-après : le département) en qualité d'autorité cantonale de surveillance (art. 11 al. 1 LMP-VD).

Le département veille en particulier au respect de l'AIMP et de la législation vaudoise sur les marchés publics par les adjudicateurs, les soumissionnaires et les sous-traitants (art. 11 al. 2 LMP-VD).

Le département peut agir d'office ou sur dénonciation (art. 11 al. 3 LMP-VD).

Reste à déterminer quels sont les mesures de contrôle que ces autorités peuvent exercer.

III. Contrôle

a. Le contrôle

Le nouvel AIMP règle la procédure de contrôle à son nouvel article 62. Cette disposition est libellée comme suit :

Art. 62 Contrôles

1 Les cantons veillent au respect du présent accord.

2 L'AiMp traite les dénonciations de cantons concernant le respect du présent accord par les autres cantons.

⁷ JAB 2022 p. 355, 369

3 Les dénonciations de particuliers concernant le respect du présent accord par les cantons sont traitées par l'AiMp. La dénonciation ne permet pas de se voir reconnaître la qualité de partie et ne donne pas droit à une décision.

4 L'AiMp édicte un règlement à ce sujet.

Cette disposition instaure une répartition des compétences entre les cantons, qui veillent en principe au respect de l'accord, et l'AiMp, qui exerce la surveillance sur les cantons. Cette interaction garantit, d'une part, que les soumissionnaires et les adjudicateurs respectent l'AIMP et, d'autre part, que les cantons veillent au respect de l'AIMP et l'appliquent sur leur territoire⁸.

Les cantons sont libres de régler les mécanismes de contrôle qu'ils souhaitent prévoir au niveau cantonal et les circonstances dans lesquelles des sanctions sont prises.

L'art. 62 al. 3 AIMP permet à des particuliers de dénoncer auprès de l'autorité de surveillance le non-respect de l'AIMP. En cas de dénonciation par un particulier, celle-ci doit être traitée comme une dénonciation à l'autorité de surveillance. La dénonciation ne permet pas au particulier de se voir reconnaître la qualité de parties et ne lui donne pas le droit de consulter une décision éventuelle⁹.

La dénonciation à l'AiMp peut être faite en tout temps à l'autorité de surveillance des faits qui, dans l'intérêt public, exigent une intervention d'office contre une autorité¹⁰.

Lorsque la dénonciation est faite par un canton, ce dernier poursuit des intérêts généraux en ce sens que, d'une part, il exige, pour des raisons d'égalité de traitement, la mise en œuvre correcte par les autres cantons concernés (intérêt public général à l'application du droit) et que, d'autre part, il veut préserver, au moins indirectement, les intérêts privés des personnes qui sont domiciliées dans le canton dénonciateur et qui, par exemple, n'ont pas pu participer à un appel d'offres dans le canton dénoncé¹¹. En conséquence, il convient d'exiger, au sens de la subsidiarité du recours en matière de surveillance, qu'une dénonciation par un canton au sens de l'art. 62 al. 2 AIMP ne soit appropriée que si le canton à dénoncer met en œuvre l'AIMP dans son droit cantonal, contrairement à son sens, et provoque ainsi un risque de violation "systématique". Cela permet, le cas échéant, d'éviter que les soumissionnaires soient désavantagés ou discriminés en fonction de leur origine¹².

⁸ Letizia Schlegel, *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, Zurich, Bâle, Genève, 2020, p. 782.

⁹ Message AIMP, ad art. 62, p. 103

¹⁰ Letizia Schlegel, *op. cit.*, ad art. 62 AIMP, N26, p. 791

¹¹ Letizia Schlegel, *op. cit.*, ad art. 62 AIMP, N 14 et 15, p. 787s.

¹² Letizia Schlegel, *op. cit.*, ad art. 62 AIMP, N 15, p. 787s.

Les mesures que peut prendre l'organe de contrôle de l'AiMp sont limitées. Certes, il lui incombe d'exiger du canton fautif qu'il remette en place une situation conforme au droit. Toutefois, aucune possibilité de sanction n'est prévue dans l'AIMP lui-même, ni dans d'autres actes législatifs ou dans la Constitution fédérale¹³.

Si un canton enfreint l'AIMP dans un cas particulier, par exemple en n'exécutant pas correctement une procédure d'adjudication, une dénonciation à l'AiMp de la part de particuliers et/ou un recours auprès du tribunal administratif cantonal compétent de la part des personnes concernées pourraient intervenir. La question de savoir quel est le rapport entre la ou les dénonciations à l'AiMp et les dispositions relatives à la protection juridique selon les art. 51ss AIMP n'est pas résolue. La doctrine estime que la dénonciation à l'AiMp n'a qu'un caractère subsidiaire. Si une erreur relevant du droit des marchés publics peut être corrigée par un tribunal, l'AiMp ou l'autorité de surveillance devrait rejeter une dénonciation selon l'art. 62 al. 2 AIMP ou suspendre provisoirement le traitement jusqu'à ce que le tribunal ait statué¹⁴. **Selon le soussigné, on peut toutefois imaginer qu'une dénonciation puisse intervenir après l'échéance du délai de recours d'une décision d'adjudication. Il existe en effet un intérêt public à ce que le droit des marchés publics soit respecté. Les autorités chargées de la surveillance doivent pouvoir enquêter sur une situation problématique, indépendamment de la question de savoir si un tribunal s'est ou non prononcé sur le marché concerné.**

La décision d'adjudication ou toute démarche préalable de l'adjudicateur doit être contestée directement devant les tribunaux. Par conséquent, la dénonciation à l'AiMp s'impose surtout lorsqu'un canton adhérent ne met pas en œuvre l'AIMP ou ne le fait pas correctement au niveau cantonal, par exemple, en adoptant une loi qui ne respecte pas l'AIMP. Un autre champ d'application pourrait résulter du fait qu'une personne privée porte plainte auprès de l'AiMp lorsque les conditions d'un recours auprès du tribunal administratif cantonal ou du tribunal cantonal compétent ne sont pas remplies. L'AiMp ne peut toutefois que surveiller la mise en œuvre de l'accord par les cantons et n'a pas le pouvoir de protéger les particuliers dans leur statut juridique¹⁵. En revanche, une dénonciation de la part de particuliers selon l'art. 62 al. 3 AIMP et une dénonciation par d'autres cantons selon l'art. 62 al. 2 AIMP sont possibles en parallèle¹⁶.

En outre, aucune voie de recours ordinaire ou extraordinaire n'est prévue contre la décision de surveillance (si une décision est rendue).

¹³ Letizia Schlegel, *op. cit.*, ad art. 62 AIMP, N 19, p. 789

¹⁴ Letizia Schlegel, *op. cit.*, ad art. 62 AIMP, N20, p. 789

¹⁵ Letizia Schlegel, *op. cit.*, ad art. 62 AIMP, N22, p. 789s

¹⁶ Letizia Schlegel, *op. cit.*, ad art. 62 AIMP, N23, p. 790

b. La procédure de dénonciation

En application de l'art. 62 al. 4 AIMP, l'AiMp doit préciser, dans un règlement, comment traiter les dénonciations des cantons et des particuliers¹⁷. L'autorité de contrôle devrait d'abord informer le canton dénoncé et l'inviter à prendre position par écrit. Le cas échéant, les représentants du canton dénonciateur et du canton dénoncé doivent être invités à une discussion, qui peut prendre la forme d'une médiation. Si aucun accord n'est trouvé, une procédure de médiation formelle peut être ouverte dans un deuxième temps¹⁸.

Le règlement à édicter par l'AiMp doit clarifier notamment les aspects suivants¹⁹ :

- Qui est responsable du traitement des dénonciations ?
- Quelle est la composition organisationnelle de l'autorité de contrôle et quelles sont ses compétences ?
- Quelles sont les conditions d'une dénonciation par les cantons ou par des particuliers?
- Quelle est la procédure en cas de dénonciation ?
- Quels sont les droits du canton dénoncé ?
- Quel peut être le but d'une dénonciation ?

Le règlement ne doit pas restreindre les droits de surveillance de l'AiMp, les compétences de contrôle des cantons ou les droits de dénonciation des cantons et des particuliers. Une telle restriction ne serait pas compatible avec l'AIMP, car celui-ci accorde des droits de dénonciation étendus. Par ailleurs, le règlement de l'AiMp est contraignant, car l'obligation de l'édicter découle directement de l'art. 62 al. 4 AIMP. Par conséquent, l'AiMp doit veiller à ce que le règlement soit respecté. Pour ce faire, les autorités cantonales de surveillance peuvent par exemple rendre compte régulièrement à l'AiMp du nombre de dénonciations reçues²⁰.

Actuellement, seul le règlement interne de l'AiMp a été adopté et est en vigueur depuis le 20 septembre 2012. En matière de contrôle, ce règlement précise uniquement que l'AiMp confère à la direction la compétence pour le contrôle de l'exécution de l'accord par les cantons (art. 4 al. 2 litt. e AIMP). La direction assume la surveillance formelle et informe l'AiMp si nécessaire.

En revanche, le règlement sur la procédure de dénonciation n'est pas publié sur le site internet de l'AiMp. Selon l'opinion défendue par la doctrine²¹, l'obligation de

¹⁷ Message AIMP, ad art. 62, p. 103

¹⁸ Letizia Schlegel, *op. cit.*, ad art. 62 AIMP, N 17, p. 788 et les références citées.

¹⁹ Letizia Schlegel, *op. cit.*, ad art. 62 AIMP, N30, p. 792

²⁰ Letizia Schlegel, *op. cit.*, ad art. 62 AIMP, N30, p. 792

²¹ Letizia Schlegel, *op. cit.*, ad art. 62 AIMP, N31, p. 793

publication doit être approuvée pour des raisons de transparence et de sécurité juridique.

Ainsi, **on regrette la non publication du règlement relatif à la procédure de dénonciation, lacune qui, on l'espère, sera prochainement comblée.** Est toutefois salué le fait que par rapport à l'ancienne réglementation, une dénonciation par des cantons ou par des particuliers soit désormais prévue par l'AIMP.

En fin de compte, ni la mise en œuvre de l'accord au niveau cantonal ni la surveillance du respect de l'AIMP ne se font de manière uniforme. Même si l'art. 61 al. 2 let. e AIMP confère à l'AiMp la compétence de contrôler si les cantons mettent en œuvre l'accord, les modalités de mise en œuvre de cette compétence ne sont pas détaillées. Les cantons sont ainsi libre de choisir différentes approches.

c. Le contrôle dans le canton de Vaud par le DCIRH

L'AIMP prévoit la compétence des cantons pour veiller à son respect. Les mesures à prendre en cas de non-respect ne sont pas mentionnées par l'AIMP, mais décidées par les cantons dans le cadre de leur autonomie et de leur pouvoir d'appréciation. On peut notamment envisager de retirer ou de réduire les indemnités et les aides financières versées aux adjudicateurs récalcitrants²².

En plus d'assurer le contrôle juridictionnel des procédures de recours, les cantons veillent au respect de l'accord par les adjudicateurs et les soumissionnaires. Pour ce faire, ils sont libres de désigner un organe de contrôle cantonal ou une instance de surveillance²³. Dans le canton de Vaud, c'est le département en charge de la culture, des infrastructures et des ressources humaines qui est l'autorité cantonale de surveillance (art. 11 al. 1 LMP-VD).

Le département peut agir d'office ou sur dénonciation. Il peut notamment (art. 11 al. 3 LMP-VD) :

- a. accéder aux données en lien avec toute procédure de marchés publics et requérir des adjudicateurs, des soumissionnaires et de leurs sous-traitants, toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de ses tâches ;
- b. procéder à des audits ;
- c. faire appel à des experts.

²² Letizia Schlegel, *op. cit.*, ad art. 62 AIMP N 12, p. 786.

²³ Message AIMP, ad art. 62, p. 103

En cas de non-respect de l'AIMP par un adjudicateur, le canton peut intervenir directement à l'encontre de celui-ci, et ce indépendamment de son siège, si celui-ci enfreint les dispositions relatives aux marchés publics sur le territoire du canton concerné²⁴.

Les adjudicateurs, les soumissionnaires et leurs sous-traitants sont tenus de collaborer avec l'autorité cantonale de surveillance. L'autorité cantonale de surveillance doit en effet pouvoir compter sur la collaboration des principaux acteurs des procédures de marchés publics, y compris une fois la procédure terminée et le marché adjugé, et notamment accéder aux informations et pièces utiles à l'exécution de sa mission. Ce devoir de collaboration concerne tous les marchés publics soumis à la législation cantonale, quelle que soit la procédure suivie par l'adjudicateur²⁵.

Le secret de fonction et les secrets d'affaires ne peuvent être opposés à l'autorité cantonale de surveillance (art. 11 al. 4 LMP-VD). Il est dommage de constater que le canton de Vaud n'ait pas réglementé plus en détail la procédure de dénonciation, respectivement les mesures pouvant être prises contre un adjudicateur qui ne respecterait pas la procédure de marchés publics.

Le Conseil d'Etat estime qu'une surveillance accrue des pouvoirs adjudicateurs implique une ingérence de l'Autorité de surveillance, et donc du canton, dans le fonctionnement des entités adjudicatrices – parmi lesquelles de nombreuses communes – et leur manière d'appliquer la législation sur les marchés publics²⁶. Une surveillance trop marquée des adjudicateurs vaudois n'est pour ces raisons déjà pas souhaitée par le Conseil d'Etat. De plus, toujours selon le Conseil d'Etat, il convient de ne pas perdre de vue que le contrôle juridictionnel en droit des marchés publics appartient et doit continuer d'appartenir à la seule autorité judiciaire saisie sur recours, soit la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal. Une surveillance accrue irait à l'encontre de l'objectif de simplification administrative recherché, dès lors qu'elle pourrait provoquer de longs blocages dans les procédures et retarder l'acquisition de prestations par les collectivités publiques²⁷.

On peut déplorer le manque de volonté du pouvoir exécutif vaudois en matière de surveillance. Il existe pourtant un intérêt public majeur à ce qu'une mise en concurrence saine et efficace soit mise en œuvre, en respectant la réglementation sur les marchés publics.

²⁴ Letizia Schlegel, *op. cit.*, ad art. 62 AIMP, N21, p. 789, et la référence citée

²⁵ Exposé des motifs de la LMP-VD – juin 2021 - Exposé des motifs et projet de décret portant adhésion du Canton de Vaud à l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP 2019) et projet de loi sur les marchés publics (LMP-VD) (ci-après : EMPL), art. 11, p. 23.

²⁶ EMPL AIMP, ch. 2.8, p. 55

²⁷ EMPL AIMP, ch. 2.8, p. 55

Le Tribunal fédéral a d'ailleurs déjà reconnu l'intérêt public au bon respect de la réglementation sur les marchés publics et a validé les mesures prises par le pouvoir exécutif d'un canton pour faire respecter le droit des marchés publics. Il s'agit d'une affaire zurichoise, qui concernait l'exploitation de l'hôpital de Wetzikon, par une société anonyme²⁸.

Dans cette affaire, le Conseil d'Etat du canton de Zurich a ordonné à GZO SA et aux membres de son organe directeur d'adjuger les contrats de travaux, de fournitures ou de services à conclure par cette société conformément aux règles du droit des marchés publics. Les membres de l'organe directeur étaient menacés de poursuite pénale en cas d'insoumission à cette injonction (JdT 2019 I 157, p. 158).

L'hôpital GZO SA s'y est opposé en déposant un recours auprès du tribunal administratif du canton de Zurich. Le tribunal administratif²⁹ a rejeté le recours et a décidé que l'hôpital GZO SA était subjectivement soumis au droit des marchés publics, comme l'avait ordonné le Conseil d'Etat. Cette décision a été confirmée par le Tribunal fédéral³⁰.

Ainsi, l'autorité cantonale de surveillance du canton de Zurich a pu imposer à une entreprise, par décision, de respecter la procédure de marchés publics.

Comme indiqué, le canton de Vaud semble vouloir limiter autant que possible la surveillance des pouvoirs adjudicateurs et veiller au respect du droit des marchés publics, ce qui est regrettable. **Le canton de Vaud souhaite plutôt adopter un rôle de conseil et de prévention, grâce au Centre de compétences sur les marchés publics du canton de Vaud (CCMP-VD), chargé de conseiller et informer les adjudicateurs, notamment en proposant des formations, en édictant des recommandations et en répondant ponctuellement à des questions juridiques (art. 12 LMP-VD).**

d. *Le contrôle par la Commission de la concurrence (COMCO)*

La COMCO surveille le respect de la LMI par la Confédération, les cantons et les communes ainsi que par d'autres organes chargés de tâches publiques (art. 8 al. 1 LMI). Conformément à l'art. 9 LMI, les restrictions au libre accès au marché, notamment dans le domaine des marchés publics, doivent être édictées sous la forme d'une décision

²⁸ ATF 145 II 49 traduit au JdT 2019 I 157

²⁹ VGer ZH, VB.2015.00555 vom 20.12.2016

³⁰ ATF 145 II 49, JdT 2019 I 157. Voir également Letizia Schlegel, *op. cit.*, p. 786ss.

sujette à recours. La COMCO dispose également d'un droit de recours (art. 9 al. 2bis LMI).

La COMCO en a fait usage à plusieurs reprises par le passé³¹. La COMCO est notamment intervenue dans les cas où un marché n'avait pas fait l'objet d'un appel d'offres public. Toutefois, la possibilité d'intervention de la COMCO se limite à la protection du droit secondaire. Le non-respect du droit cantonal des marchés publics entraîne, selon la jurisprudence, une violation du droit du marché intérieur. L'inverse est également vrai : si les dispositions de l'AIMP sont respectées, la LMI l'est également (LMI 5 al. 1).

IV. RÉSUMÉ

On retient principalement les points suivants :

- Le département en charge de la culture, des infrastructures et des ressources humaines (DCIRH) est chargé de veiller au respect de l'AIMP et de la loi cantonale.
- Le DCIRH peut d'office ou sur dénonciation, contrôler une situation qui semble contraire à la réglementation sur les marchés publics.
- L'AiMp, autorité de surveillance intercantonale, veille au respect de l'AIMP par les cantons.
- L'AiMp peut recevoir des dénonciations des cantons ou des particuliers.
- L'AiMp est chargée d'édicter un règlement relatif à la procédure de dénonciation. A ce jour, ce règlement n'est pas publié sur le site internet de l'autorité.
- Ni l'AIMP, ni la loi cantonale vaudoise ne règlent les mesures et sanctions pouvant être prononcées par les autorités de surveillance.
- Les autorités chargées du contrôle peuvent émettre des recommandations, mais aussi rendre des décisions contraignant les pouvoirs adjudicateurs à respecter la réglementation applicable.
- La surveillance est peu réglementée en droit vaudois. Le pouvoir exécutif semble peu enclin à intervenir auprès des pouvoirs adjudicateurs pour surveiller le respect du droit des marchés publics.
- La prévention, via la formation et l'information est mise en œuvre par le Centre de compétence sur les marchés publics du canton de Vaud (CCMP-VD).

³¹ Letizia Schlegel, *op. cit.*, ad art. 62 AIMP, N27, p. 791 et les références citées

V. CONCLUSION

Au final, on retient que la surveillance dans la bonne application du droit des marchés publics se fait à différents échelons, fédéral grâce à la COMCO et la CMCC, intercantonal avec l’AiMp et cantonal, par le DCIRH pour le canton de Vaud.

Si on salue la possibilité pour les cantons et les particuliers de dénoncer les infractions constatées auprès d’autorités désignées comme telles par la loi, on déplore le fait que la procédure de dénonciation ne soit actuellement pas suffisamment réglementée, malgré le fait qu’une base légale impose à l’AiMp d’édicter un règlement. Pour des questions de sécurité juridique et de transparence, ce règlement devrait être publié, ce qui n’est pas encore le cas.

Pour les mêmes motifs, il aurait aussi été utile que le canton de Vaud indique la liste des mesures et sanctions pouvant être prononcées à l’encontre des pouvoirs adjudicateurs qui ne respecteraient pas le droit des marchés publics.

Le canton de Vaud adopte une approche prudente, voire passive dans la surveillance des pouvoirs adjudicateurs. Il mise sur la prévention, à l’aide des conseils juridiques données aux pouvoirs adjudicateurs et la possibilité qui leur est offerte de suivre des formations. Le temps nous dira si cette approche est bonne ou si une pluie de dénonciations pourrait amener le législateur vaudois à revoir sa méthode.

Lausanne, le 22 mai 2023

David Contini

LISTE DES ABREVIATIONS

AiMp = autorité intercantonale pour les marchés publics. Elle est formée par la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire, et de la protection de l'environnement (DTAP)

AIMP = accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (RSV 726.91)

CMCC = Commission des marchés publics Confédération-cantons

COMCO = Commission de la concurrence

DCIRH = Département de la culture, des infrastructures et des ressources humaines

LMI = Loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (RS 943.02)

LMP = loi fédérale sur les marchés publics du 21 juin 2019 (RS 172.056.1)

LMP-VD = loi cantonale vaudoise sur les marchés publics du 14 juin 2022 (RSV 726.01)

OMC = Organisation mondiale du commerce

OMP = Ordonnance sur les marchés publics du 12 février 2020 (RS 172.056.11)

RS = Recueil systématique fédéral

RSV = Recueil systématique vaudois