

(Extrait d'une décision du Conseil fédéral du 19 décembre 2003)

Öffentliches Beschaffungswesen. Eintretensvoraussetzungen bei einer Aufsichtsbeschwerde.

Gemäss Art. 71 VwVG tritt der Bundesrat auf eine Aufsichtsbeschwerde nur ein, wenn eine wiederholte Verletzung einer klaren materiell- oder verfahrensrechtlichen Regel vorliegt und kein anderes, ordentliches oder ausserordentliches Rechtsmittel besteht (E. 2.1). Wenn der Beschwerdeführer beim Bundesrat beantragt, es sei eine Gesetzesbestimmung abzuändern, behandelt der Bundesrat diesen Antrag im Sinn einer Petition und überweist ihn dem für die Gesetzgebung im betreffenden Bereich zuständigen Dienst (E. 3).

Marchés publics. Conditions de recevabilité d'une dénonciation.

Conformément à l'art. 71 PA, le Conseil fédéral n'entre en matière sur une dénonciation que lorsqu'il y a violation répétée d'une règle claire de droit matériel ou de droit procédural et lorsqu'aucun autre moyen de droit, ordinaire ou extraordinaire n'est recevable (consid. 2.1). Lorsque le dénonciateur demande au Conseil fédéral de modifier un article de loi, le Conseil fédéral traite cette demande au sens d'une pétition et transmet celle-ci au service chargé de la législation du domaine en question (consid. 3).

Acquisti pubblici. Condizioni di ricevibilità di una denuncia.

Conformemente all'art. 71 PA, il Consiglio federale entra nel merito di una denuncia solo in caso di violazione ripetuta di una regola chiara di diritto materiale o diritto procedurale e se non vi è alcun altro rimedio di diritto, ordinario o straordinario (consid. 2.1). Se il denunziante chiede al Consiglio federale di modificare un articolo di legge, il Consiglio federale tratta tale domanda come una petizione e la trasmette al servizio incaricato della legislazione dell'ambito in questione (consid. 3).

Résumé des faits:

A. Par décision du 4 mars 2003, la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (CRMP) a admis le recours déposé le 7 janvier 2003 par le G.C. contre le département de l'aménagement, de l'équipement et du logement (DAEL) de la République et canton de Genève concernant le marché public de services en procédure sélective (JAAC 67.66).

La CRMP a annulé la décision du DAEL, étant de l'avis que la décision avait été prise par une autorité cantonale incompétente en lieu et place d'une autorité fédérale et basée à tort sur le droit cantonal en lieu et place du droit fédéral en matière de marchés publics.

La CRMP a en effet estimé que l'art. 2c de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (OMP, RS 172.056.11) contient une règle élémentaire de répartition des compétences entre le droit fédéral et cantonal en matière de marchés publics, de nature contraignante à l'égard des pouvoirs adjudicateurs fédéraux et cantonaux qui passent un marché en commun.

B. Le 11 juillet 2003, le Conseil d'Etat de la République et canton de Genève (ci-après: Conseil d'Etat) a adressé au Conseil fédéral une dénonciation contre la décision précitée de la CRMP. Il a conclu à ce qu'il plaise au Conseil fédéral de modifier l'art. 2c OMP dans un sens qui soit conforme à la Constitution en désignant comme adjudicateur principal celui qui peut se prévaloir de l'intérêt prépondérant à la réalisation de la construction ou de l'ouvrage lié au marché public en cause, tout en réservant les conventions contraires rendues par les autorités adjudicatrices concernées.

Subsidiairement, le Conseil fédéral devrait constater que la décision de la CRMP viole le principe de la légalité de l'administration, respectivement de la séparation des pouvoirs, le principe de la proportionnalité et l'exigence de coordination des procédures et qu'elle est inopportune.

Parallèlement à sa dénonciation adressée au Conseil fédéral, le Conseil d'Etat a saisi le 11 juillet 2003 le Tribunal fédéral d'une réclamation de droit public, encore pendante, concernant la répartition des compétences fédérales et cantonales dans le domaine des marchés publics.

C. Par courrier du 25 juillet 2003, l'Office fédéral de la justice (OFJ), par sa division des recours au Conseil fédéral, a répondu au dénonciateur que le Conseil fédéral ne pouvait pas intervenir quand la dénonciation mettait en cause la décision d'une commission de recours dans un cas d'espèce et qu'il renonçait donc à préparer à son attention un projet de décision y relatif.

Dans la mesure où la dénonciation concerne la modification de l'art. 2c OMP, la division des recours au Conseil fédéral l'a transmise à la commission des achats de la Confédération, laquelle est chargée d'assister à la révision de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1) et de l'OMP.

D. Le 31 juillet 2003, le Conseil d'Etat a fait savoir à la division des recours au Conseil fédéral que les motifs invoqués à l'appui de sa prise de position ne lui paraissaient pas convaincants et l'a invité à entrer en matière sur le fond de la dénonciation et à préparer une décision à l'attention du Conseil fédéral.

Suite à ce courrier, la division des recours a demandé une avance de frais au dénonciateur, se basant sur l'art. 10 de l'ordonnance du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative (RS 172.041.0), et invité la CRMP à présenter ses observations sur la dénonciation.

E. La CRMP a fait parvenir ses observations le 9 septembre 2003. Elle conclut à l'irrecevabilité de la dénonciation du Conseil d'Etat en ce qu'elle est dirigée contre une décision rendue par la commission de recours dans un cas d'espèce.

F. Le Conseil d'Etat s'est adressé à Mme la Conseillère fédérale Metzler-Arnold le 9 septembre 2003, exprimant ses doutes sur le fait que sa dénonciation soit traitée comme telle et non comme un recours.

Extrait des considérants:

1. D'après l'art. 100 al. 1 let. x de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ, RS 173.110), le recours de

droit administratif au Tribunal fédéral n'est pas recevable contre les décisions en matière de marchés publics.

L'art. 74 let. c de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prescrit que le recours au Conseil fédéral n'est pas recevable contre les décisions des commissions fédérales de recours et selon l'art. 27 al. 1 LMP, la CRMP statue de manière définitive sur les recours contre les décisions de l'adjudicateur.

C'est donc à juste titre que l'Etat de Genève ne veut pas que sa dénonciation soit traitée comme un recours.

2. Selon l'art. 71 PA, chacun peut dénoncer en tout temps à l'autorité de surveillance des faits qui appellent dans l'intérêt public une intervention d'office contre une autorité.

Le Conseil fédéral exerce la surveillance administrative de la CRMP (art. 71c al. 6 PA et art. 18 al. 1 de l'ordonnance du 3 février 1993 concernant l'organisation et la procédure des commissions fédérales de recours et d'arbitrage, RS 173.31).

2.1. D'après une jurisprudence constante développée à propos de l'art. 71 PA, le Conseil fédéral n'entre en matière sur une dénonciation uniquement lorsqu'il s'agit d'une violation répétée, ou qui risque de se répéter, d'une règle claire de droit matériel ou de droit procédural qui ne peut être attaquée par aucun autre moyen de droit, ordinaire ou extraordinaire. La dénonciation est donc un moyen subsidiaire (JAAC 56.37).

2.2. Dans le cas d'espèce, dès lors que les décisions de la CRMP sont définitives, les justiciables ne peuvent pas utiliser la voie de la dénonciation pour requérir du Conseil fédéral une décision en constatation qu'ils ne peuvent obtenir par un recours.

Dans une décision du 19 décembre 2001, le Conseil fédéral a clairement énoncé que le caractère définitif des décisions de la Commission suisse de recours en matière d'asile (CRA) ne pouvait pas être contourné par la voie du recours pour déni de justice et retard injustifié ou de la dénonciation (JAAC 66.27). Il n'y a pas de raison qu'il en soit différemment dans la présente dénonciation.

2.3. Ce principe général est confirmé par l'art. 18 al. 2 de l'ordonnance du 3 février 1993 concernant l'organisation et la procédure des commissions fédérales de recours et d'arbitrage, d'après lequel l'abrogation ou la modification de décisions judiciaires n'est pas admise dans le cadre de la surveillance administrative des commissions.

Le Conseil fédéral ne peut ainsi pas intervenir quand la dénonciation met en cause la décision d'une commission de recours dans un cas d'espèce (JAAC 63.84). Cette règle découle aussi du principe de la séparation des pouvoirs ainsi que de l'exigence de protection de l'indépendance des tribunaux.

Le fait que le Conseil d'Etat ne conclue pas à ce que la décision de la CRMP soit abrogée ou modifiée, mais uniquement à ce qu'elle soit déclarée contraire au droit fédéral, n'y change rien.

3. Le dénonciateur demande à titre principal au Conseil fédéral de modifier l'art. 2c OMP.

Des améliorations législatives peuvent aussi être proposées par le biais d'une procédure administrative - au sens d'une pétition - et, dans ces cas, la compétence de traiter ces propositions revient au service chargé de la législation du domaine en question.

Pour cette raison et à juste titre, l'OFJ a considéré la conclusion principale du dénonciateur comme une pétition et l'a transmise au service compétent, soit la Commission des achats de la Confédération (CAC), laquelle assiste actuellement à la révision de législation sur les marchés publics.

4. Vu que la dénonciation a déjà été transmise à la CAC dans la mesure où elle doit être traitée comme une pétition, le Conseil fédéral décide pour le surplus de ne pas entrer en matière sur la dénonciation du Conseil d'Etat de la République et canton de Genève.

(...)

Dokumente des Bundesrates