

Winterthur, mars 2017

Newsletter 2/2017

Chers membres de l'Association,

Nous avons déjà émis une information, mi-février, sur vraisemblablement l'une des nouveautés les plus importantes de l'année 2017 - le **projet de la nouvelle LMP** (P-LMP) et le message du Conseil fédéral du 15 février 2017 s'y rapportant. Entretemps, une version française du message ainsi que des versions italiennes du projet et du message ont également été publiées.

L'Institut pour le droit de la construction de l'université de Fribourg et l'ASMP organisent le 23 mai 2017 un **forum sur le P-LMP** au cours duquel HUBERT STÖCKLI, MARC STEINER, STEFAN SCHERLER et MARTIN BEYELER viendront faire part de leurs estimations et débattre avec le public.

Avant cet évènement, à savoir le 17 mars 2017, MARC STEINER thématisera « **la protection juridique de lege ferenda** » dans le cadre d'une conférence de l'Institut européen à l'université de Zurich.

En outre, il sera possible de discuter du P-LMP au **Berner Submissionschränzli** le 12 avril 2017 et au **Zürcher Submissionschränzli** le 29 juin 2017.

La réunion **Basler Submissions-Treffen** du 11 avril 2017 permettra d'assister à des exposés à des discussions sur les conditions de participation ainsi que les critères de sélection et d'adjudication, sachant toutefois que la législation future jouera un rôle considérable.

Le Forschungsstelle Digitale Nachhaltigkeit (Centre de recherche sur la durabilité numérique) de l'université de Berne, quant à lui, organise, le 25 avril 2017, la quatrième « Table ronde sur les marchés TIC » avec pour thème « **les marchés TIC dans les média - éviter les erreurs de communication** ». Ici, tout tournera autour des questions spécifiques concernant les rapports avec la communication externe.

Il convient en outre de noter que la prochaine **assemblée générale ordinaire** de l'AMSP aura lieu le 5 mai 2017 à Zurich (des informations supplémentaires seront communiquées prochainement sur le site www.svoeb.ch et par invitation).

Alors que les autorités chargées de la révision du droit des marchés publics étaient encore en train de travailler à la finalisation du P-LMP, les membres du pouvoir législatif fédéral ont présenté toute une série **d'interventions sur les questions actuelles liées aux marchés publics**. Celles-ci concernent : la manière de contrôler l'égalité des salaires (Logib en

particulier), l'adjudication de prestations à des sous-traitants et fournisseurs étrangers respectivement la protection des entreprises suisses (deux interventions sur ce sujet), la façon d'éviter les « débâcles dans le domaine des marchés publics », l'évaluation des offres relatives aux prestations de planification (en particulier taux horaires, nombre d'heures prédéfini, méthode dite à deux enveloppes combinée à une short list), le regroupement des volumes (en particulier dans le domaine des produits imprimés), la commande cantonale des dites prestations d'intérêt public (cf. art. 49, al. 3 LAMal) dans les hôpitaux, ainsi que les tarifs minimum appliqués à certains marchés publics (en particulier pour les prestations de traduction).

Le nouvel art. 26a de l'ordonnance sur l'informatique dans l'administration fédérale (OIAF) relatif à **l'accès des prestataires TIC externes aux données généralement non accessibles** est déjà entré en vigueur (depuis le 1.11.2016). Il convient de noter que cette disposition ne remplace pas les réglementations qui, dans un cas concret, découlent éventuellement de la loi sur la protection des données (LPD).

Est également déjà en vigueur le nouvel art. 34b de la loi sur les forêts (LFo) qui engage la Confédération, dans le cadre de la conception, de la planification et de l'exploitation de ses bâtiments et sites, à encourager l'utilisation de bois issu de la production durable ainsi que, dans le cas de l'acquisition de produits en bois, à tenir compte de la sylviculture durable respectant la nature et de l'objectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre (entrée en vigueur depuis le 1.1.2017, cf. également art. 37c OFo, renvoyant, entre autres, à la directive « Achat de bois produit durablement » de la KBOB ; cette directive explique que le bois suisse, en raison de la LFo, est, en soi, issu de la production durable dans le sens de l'art. 34b, al. 2 LFo).

La Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics (KBOB) a publié, le 1^{er} décembre 2016, les **recommandations relatives aux honoraires d'architectes et d'ingénieurs 2017**. Ces recommandations, notamment les taux horaires cités dans celles-ci, sont explicitement non contraignantes, car, « en principe, le soumissionnaire peut définir lui-même le mode de calcul des honoraires » (ibid. ch. 2.1).

Le 14 octobre 2016, le gouvernement fédéral allemand et les Länder se sont mis d'accord sur la création d'une « **Infrastrukturgesellschaft Verkehr** » (société d'infrastructure pour le transport) juridiquement indépendante. Cette société sera une propriété inaliénable de l'état fédéral et doit prendre en charge la construction et l'exploitation des autoroutes ainsi que des grands axes interurbains. Le 9 janvier 2017, le gouvernement en a expliqué différents points spécifiques suite à une question parlementaire.

Le 24 janvier 2017, la Commission européenne a publié un **rapport sur l'efficacité de la législation de l'Union concernant les procédures de recours dans le domaine des marchés public** (cf. directives 89/665/CEE, 92/13/CEE et 2007/66/CE), et a conclu qu'en principe, les objectifs liés à cette législation étaient atteints et qu'ainsi, la législation de l'Union était efficace. Toutefois, la Commission souligne le manque de clarté de certaines dispositions (des précisions sur les sujets concernés sont annoncées) et critique le fait que, dans la plupart des états-membres, la collecte des informations relatives au type et au contenu des cas de recours concrets n'est pas structurée, ce qui empêche son utilisation à des fins « d'élaboration politique » (ibid. p 7).

Les **instances de recours** ont également été sollicitées cet hiver. Des décisions ont tout particulièrement été prises pour les sujets suivants:

- Champ d'application subjectif : hôpital figurant sur la liste cantonale
- Marchés « quasi-inhouse »: critère de l'activité
- Adjudication de gré à gré : maintenance, entretien et développement de logiciels
- Entente sur les prix conclue par le sous-traitant
- Fourchette des notes lors de l'évaluation des critères d'adjudication non monétaires
- Règlement des litiges à l'amiable (transaction) dans les procédures de recours
- Règlement des litiges à l'amiable (transaction) dans les contrats de marché public

Pour finir, une remarque sur une discussion dogmatique très intéressante concernant la question de savoir dans quelle mesure l'Etat est autorisé à mettre des **logiciels open source développés par l'Etat même à la disposition du grand public et des autres autorités** : après que GEORG MÜLLER et STEPHAN VOGEL ont émis leur expertise le 26 mars 2014 à la demande de l'Unité de pilotage informatique de la Confédération (UPIC) et de l'Office fédéral de la justice (OFJ), THOMAS POLEDNA, SIMON SCHLAURI et SAMUEL SCHWEIZER ont répliqué à la demande de l'Office d'informatique et d'organisation du canton de Berne (KAIO) le 18 août 2016. Les deux expertises sont disponibles sur Internet. La première émet un avis bien plus critique que la seconde à l'égard de la mise à disposition.

Vous trouverez cette nouveauté et d'autres encore en annexe. Je remercie Madame Nathalie Clausen qui nous a soutenu activement pour la rédaction de cette Newsletter.

Je vous souhaite un agréable printemps, de bonnes lectures, des manifestations fascinantes et vous adresse mes plus cordiales salutations au nom de tout le Comité.

Martin Beyeler, Président ASMP

Agenda

[MARC STEINER: Vortrag am Mittag „Die Revision des Beschaffungsrechts – Rechtsschutz de lege ferenda“, Europa-Institut an der Uni Zürich, 17 mars 2017](#)

[Forum Neues Vergaberecht \(Institut für Baurecht / SVöB; STÖCKLI/STEINER/SCHERLER/BEYELER\), Berne, 23 mai 2017 \(après-midi\)](#)

Basler Submissions-Treffen, Bâle, 11 avril 2017 (inscriptions auprès de christoph.meyer [ät] neovius.ch)

Berner Submissionschränzli, Berne, 12 avril 2017 (inscriptions auprès de martin.beyeler [ät] unifr.ch)

[Table ronde „ICT-Beschaffungen in den Medien – Kommunikationsfehler vermeiden“, Bern 25. April 2017](#)

Zürcher Submissionschränzli, Zurich, 29 juin 2017 (inscriptions auprès de ra [ät] schneider-recht.ch)

Interventions parlementaires

- [Motion Franz Grüter du 15 septembre 2016 : « Marchés publics. S'assurer de l'égalité salariale au sein des entreprises soumissionnaires. Oui, mais équitablement. » Avis du Conseil fédéral du 9 novembre 2016](#)
- [Interpellation Jacques Bourgeois du 19 septembre 2016 : « Marchés publics et transparence au niveau de la sous-traitance ». Avis du Conseil fédéral du 23 novembre 2016](#)
- [Interpellation Daniela Schneeberger du 28 septembre 2016 : « Marchés publics. Mettre enfin un terme à la gabegie qui règne au sein de l'administration fédérale. » Avis du Conseil fédéral du 23 novembre 2016](#)
- [Interpellation Ulrich Giezendanner du 29 septembre 2016 : « Eléments de construction destinés à des infrastructures suisses. Marchés adjugés à l'étranger ». Avis du Conseil fédéral du 23 novembre 2016](#)
- [Postulat Olivier Français du le 29 septembre 2016. « Marchés publics. Mesures concernant les prestations de planification. » Proposition du Conseil fédéral du 23 novembre 2016](#)
- [Interpellation Felix Mürli du 30 septembre 2016 : « Politique d'achat des imprimés selon des critères financiers? » Avis du Conseil fédéral du 16 novembre 2016](#)
- [Motion Verena Herzog du 30 septembre 2016 : « Financement hospitalier. Assurer la transparence en rendant obligatoires les appels d'offres pour les prestations d'intérêt général. » Avis du Conseil fédéral du 2 décembre 2016](#)
- [Interpellation Lukas Reimann du 30 septembre 2016 : « Mandats de traduction de l'administration fédérale. Tarifs minimaux ». Avis du Conseil fédéral du 23 novembre 2016](#)
- [Motion Barbara Steinemann du 30 septembre 2016 : « Supprimer les tarifs minimaux appliqués lors de l'adjudication de marchés de l'administration fédérale ». Avis du Conseil fédéral du 23 novembre 2016](#)

Législation

[P-LMP 2017, AMP 2012 \(en français\), Messages, Document de comparaison P-LMP 2017 / P-AIMP 2017 \(e.a.\)](#)

[Ordonnance sur l'informatique dans l'administration fédérale \(BinfV\)](#)

[Loi sur les forêts \(LFo\) / Ordonnance sur les forêts \(OFo\)](#)

KBOB: [Directive « Achat de bois produit durablement »](#)

KBOB: [Recommandations relatives aux honoraires d'architectes et d'ingénieurs 2017](#)

Jurisprudence

- Droit d'être entendu ; interprétation des observations et requêtes de la recourante (TF [2C 983/2016](#) du 20 février 2017)
- Effet suspensif (TF [2D 31/2016](#) du 2 février 2017)
- Interprétation des spécifications techniques (TAF [B-7753/2016](#), décision incidente du 1er février 2017)
- Vélos de libre-service ; notion de marché public ; concession d'usage privatif (TC GE [ATA/34/2017](#) du 17 janvier 2017)
- Accord de transaction conclu entre la recourante, le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire (TAF [B-3234/2016](#), décision radiation du 3 janvier 2017)
- Liberté de définition; appel d'offres de services d'assurance à l'exclusion des offres de courtier (TF [2C 563/2016](#) du 30 décembre 2016)
- Qualité pour recourir contre une adjudication après une exclusion entrée en force (CJUE [C-355/15](#) [Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung] du 21 décembre 2016)
- Transfert de compétence au sein de l'état et notion de marché public (CJUE [C-51/15](#) [Remondis] du 21 décembre 2016)
- Assujettissement subjectif d'un hôpital figurant sur la liste cantonale (TF ZH [VB.2015.00555](#) du 20 décembre 2016)
- Plainte à l'autorité de surveillance concernant le respect d'une ordonnance du TAF (TAF [B-6737/2016](#) par 19 décembre 2016)
- Comptabilisation des éléments d'un groupe d'entreprises (TA SG [B 2016/241](#), décret présidentiel du 16 décembre 2016)
- Adjudication « quasi-inhouse » : critère de l'activité (CJUE [C-553/15](#) [Undis Servizi] du 8 décembre 2016)
- Conflit d'intérêts entre les fonctions de l'élaboration du projet et de la direction des travaux (TAF [B-6626/2016](#), décision incidente du 29 novembre 2016)
- Pré-implication ; exclusion de la procédure (TAF [B-6653/2016](#), décision incidente du 29 novembre 2016)
- Contestation de l'appel d'offres; rejet de l'effet suspensif ; conséquences juridiques (TA SG [B 2016/223](#), décret présidentiel du 25 novembre 2016)
- Critère d'adjudication « Intégration dans le parc de véhicules existant » (TA SG [B 2016/116](#) du 24 novembre 2016)
- Références; comparabilité (TAF [B-6327/2016](#), décision incidente du 21 novembre 2016; TAF [B-6332/2016](#), décision incidente du 21 novembre 2016)
- Sursis concordataire ; exclusion de la procédure (TF [2C 233/2016](#) du 17 novembre 2016)
- Mandat d'études parallèles ; objet de recours ; délai de recours (TF [2D 16/2016](#) du 14 novembre 2016)
- Vélos en libre-service ; avantage concurrentiel du prestataire précédent (TC VD [MPU.2016.0024](#) du 14 novembre 2016)
- Fourchette réaliste des notes d'évaluation de la qualité (TA SG [B 2016/168](#) du 26 octobre 2016)

- Modifications importantes du contrat de marché public à la suite d'un règlement à l'amiable d'un litige (CJUE [C-549/14](#) [Finn Frogne] du 7 septembre 2016)
- Adjudication de gré à gré pour la maintenance, l'entretien et le développement continu de logiciels (TA ZH [VB. 2015.00780](#) du 11 août 2016)
- Imputation, à la charge du fournisseur, d'une faute à un sous-traitant (CJUE [C-542/14](#) [SIA « VM Remonts »] du 21 juillet 2016)

Littérature

- [MÜLLER/VOGEL, Rechtsgutachten zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Randnutzung von Software im Verwaltungsvermögen, insbesondere der Veröffentlichung von Open-Source-Software durch Träger von Bundesaufgaben, du 26 mars 2014](#)
- [POLEDNA/SCHLAURI/SCHWEIZER, Gutachten zu den rechtlichen Voraussetzungen der Nutzung von Open Source Software in der öffentlichen Verwaltung insbesondere des Kantons Bern, du 18 août 2016](#)

Divers

- [Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'efficacité des directives 89/665/CEE et 92/13/CEE telle que modifiée par la Directive 2007/66/ce en ce qui concerne les procédures d'examen relatives aux marchés publics \(COM\(2017\) 28 final\)](#)
- [Décision](#) de la Conférence des chefs du gouvernement fédéral et des gouvernements des Länder du 14 octobre 2016 à Berlin concernant (entre autres) les sociétés d'infrastructure de transport/ [réponse](#) du gouvernement fédéral du 9 janvier 2017 à une demande de la fraction «Bündnis 90/Die Grünen» du 4 janvier 2017 concernant les sociétés d'infrastructure de transport

Impressum

Association Suisse des marchés publics (ASMP), Marktgasse 1, Postfach 2276, 8401 Winterthur (secrétariat) ; Prof. Dr. iur. Martin Beyeler, professeur associé à l'université de Fribourg

[Décommander](#) la newsletter

www.svoeb.ch