

Winterthur, juin 2018

Newsletter 1/2018

Chers Membres de l'Association,

C'est véritablement l'été du droit des marchés publics!

A partir du 13 juin, le [Conseil national](#) débatera du projet du Conseil fédéral sur la révision totale de la Loi fédérale sur les marchés publics (LMP) et des propositions de la [Commission de l'économie et des redevances](#) (du Conseil national) qui s'y rapportent. Parmi les [propositions](#), on notera le nouveau concept «d'utilisation des deniers publics avec des effets économiques durables» (respectivement, pour traduire l'essentiel du texte allemand : concept d'utilisation des deniers publics avec des effets durables en termes d'économie *nationale* [« volkswirtschaftlich »]), la revendication d'égalité de traitement des soumissionnaires suisses et étrangers concernant la paperasserie et le critère d'adjudication «fiabilité du prix» (cf. également [ATF 143 II 553](#), consid. 7).

Le 20 juin à Fribourg se tiendra le **colloque «Marchés publics»** en français ([des places sont encore disponibles](#)), il sera suivi le 22 juin de son pendant en allemand à Zurich (complet).

Le 3 juillet, un nouveau **repas «Zürcher Submissionsschränzli (ZSC)»** aura lieu à Zurich au restaurant «Spitz» (inscription sur ra@schneider-recht.ch).

Le 29 août, le Centre de recherche numérique pour le développement durable de l'Université de Berne organise la [Conférence 2018 sur les marchés publics et acquisitions TIC](#).

Informations en bref

Jusqu'à présent seulement dans le canton de Vaud et depuis ce printemps dans toute la Suisse romande (excepté Genève), l'[«Observatoire des marchés publics romands \(OMPR\)»](#), soutenu par la Coordination romande des SIA et la Conférence romande des associations patronales d'ingénieurs et d'architectes (CRAIA), passe systématiquement au crible les appels d'offres de prestations de planification, donne les commentaires de la branche et distribue des «smileys» plus ou moins contents, selon un système de feux de trafic (verts, oranges ou rouges). Si l'on comprend cette entreprise comme un moyen de sensibilisation et de dialogue, cette démarche est tout à fait sympathique.

Dans son rapport spécial n° 09/2018 intitulé [«Les partenariats public-privé dans l'UE: de multiples insuffisances et des avantages limités»](#), la Cour des comptes européenne critique le fait que les PPP ne répondent souvent pas aux attentes et qu'ils comportent des

risques spécifiques, notamment en termes de limitation de la concurrence du fait de la portée des projets et au regard des impondérabilités politiques et économiques auxquelles sont inévitablement exposés les contrats complexes de long terme. Le fait que les administrations, vu la complexité des contrats et les configurations qui en résultent, soient parfois dépassées et prennent des décisions qui s'avèrent préjudiciables pour les collectivités publiques est également problématique.

Le Conseil-exécutif du canton de Berne, compte tenu de la directive du Contrôle des finances cantonal visant à [inscrire au bilan les bâtiments loués à long terme dans le cadre d'un PPP](#), a fait savoir qu'il ne considérait plus que cette forme de réalisation de projet présentait un avantage financier. Par conséquent, il n'a pas l'intention d'étudier plus avant si la construction d'une nouvelle HES pourrait se faire dans le cadre d'un PPP.

Le Ministre de la justice de la République française a décidé de [ne plus utiliser les PPP pour la construction de prisons et de tribunaux](#) car ce dispositif a été dénoncé par la Cour des comptes française comme trop coûteux.

Aides pratiques

La Commission européenne a publié le 15 mai 2018 une notice instructive enrichie de nombreux exemples (C(2018) 3051; anglais) qui doit encourager les pouvoirs adjudicateurs à [acquérir des solutions innovantes](#) et les aider dans ces entreprises. La Commission en attend un plus en termes de «value for money». – On recommandera également le [guide «Innovative öffentliche Beschaffung»](#) [*Marchés publics axés sur l'innovation*] (2^e édition 2017) du Kompetenzzentrum innovative Beschaffung (KOINNO) du Ministère fédéral allemand de l'économie et de l'énergie et le [«Guidance for public authorities on Public Procurement of Innovation»](#) (Orientations pour les pouvoirs publics en matière de marchés publics dans le domaine de l'innovation) de la Procurement of Innovation Platform (disponible en anglais uniquement).

Associer innovation et durabilité, c'est viser une **économie circulaire** dans laquelle on évite au maximum l'exploitation effrénée des ressources et le gaspillage. La circularité peut également être mise en avant dans les marchés publics comme le montre la brochure [« Des marchés publics pour une économie circulaire – Bonnes pratiques et orientations »](#) de la Commission européenne. Il est ici cependant principalement question des décisions de conceptions et de spécifications prises en amont de la procédure d'adjudication.

La KBOB a publié le 26 janvier 2018 une nouvelle [Fiche d'information concernant « le recours à des sous-traitants »](#). Elle incite en particulier à bien considérer les avantages et inconvénients du recours à la sous-traitance dans chaque cas d'espèce et à une communication claire, ce dont nous nous félicitons sans réserve.

Actualités de la jurisprudence:

- Notion de **marché public** (accord-cadre sans sélection par l'autorité) [CJUE C-9/17](#) du 1^{er} mars 2018
- Notion de **marché public** (système de vélos en libre-service) [TF 2C 994/2016](#) du 9 mars 2018; [TF 2C 229/2017](#) du 9 mars 2018 (cf. également [TF 2C 459/2017](#) du 9 mars 2018)
- Notion d'**organisme de droit public** [CJUE C-567/15](#) du 5 octobre 2017
- **Non-application des directives relatives à l'attribution des marchés publics pour des raisons de sécurité** (passeports et documents d'identité) [CJUE C-187/16](#) du 20 mars 2018
- **Liberté de définition** du pouvoir adjudicateur (huile minérale à prix fixe) [TF 2C 147/2017](#) du 23 janvier 2018
- **Interprétation des documents d'appel d'offres** [TF 2D 36/2016](#) du 27 mars 2018
- Critère d'aptitude «chiffre d'affaires annuel»: **avec ou sans TVA?** [TAF B-2576/2017](#) du 15 décembre 2017
- Evaluation des **références de sous-traitants** [TF 2D 35/2017](#) du 5 avril 2018
- **Short-list dans le cadre de l'évaluation des critères d'adjudication**; degré de précision des informations concernant les conditions d'exécution [TAF B-4387/2017](#) du 8 février 2018
- **Plausibilité du prix et de la qualité comme critères d'adjudication** [ATF 143 II 553](#)
- Exclusion pour **préimplification**; compensation; protection de la bonne foi [TAF B-6708/2017](#) du 9 mai 2018
- Exclusion pour **manque d'intégrité professionnelle** [CJUE C-178/16](#) du 20 décembre 2017
- Exclusion pour **manque de garantie de bonne exécution du contrat** [TA BE 100.2017.228](#) du 18.12.2017
- **Interruption de la procédure** (principes) [TF 2C 639/2017](#) du 21 décembre 2017
- **Lorsque le soumissionnaire exclu demande l'exclusion de ses concurrents** [TF 2D 24/2017](#) du 14 mai 2018
- **Modification du contrat déjà conclu par suite de circonstances imprévisibles** [CJUE C-152/17](#) du 19 avril 2018

Interventions parlementaires:

- Motion BARBARA STEINEMANN: « [Supprimer les tarifs minimaux appliqués lors de l'adjudication de marchés de l'administration fédérale](#) » (16.3870) → Adoption par le Conseil national le 16 mars 2017
- Motion FRANZ GRÜTER: « [Marchés publics. S'assurer de l'égalité salariale au sein des entreprises soumissionnaires. Oui, mais équitablement](#) » (16.3657) → Adoption par le Conseil national le 28 février 2018
- Motion FELIX MÜRI: « [Marchés publics. Confier les mandats d'impression exclusivement à des entreprises suisses](#) » (17.3571) → Adoption par le Conseil national le 6 mars 2018

- Motion JACQUES BOURGEOIS: « [Appels d'offres respectant nos principales langues nationales](#) » (17.3654)
- Interpellation FABIO REGAZZI: « [Politique d'investissement de la Confédération à travers les entreprises qui lui sont liées. Quelle responsabilité sociétale ?](#) » (17.3747)
- Interpellation CLAUDE HÊCHE: « [Marchés publics et subventions. Quelles mesures pour assurer une véritable égalité salariale ?](#) » (17.3768)

Publications juridiques:

- MARTIN BEYELER, **Ausschluss vom Vergabeverfahren wegen beruflichen Fehlverhaltens**, in : [JAB](#) 2018, p. 217 s. (commentaire de la décision du TA BE VGE 100.2017.228 du 18 décembre 2017, JAB 2018, p. 206 ss.)
- STEVE BINGGELI/OLIVER SCHRÖTER/JENNIFER BIERI, **Lohngleichheitsanalysen, Zwei wissenschaftliche Methoden und deren diskriminierungsfreie Anwendung**, in : [Jusletter](#) 26 mars 2018
- FELIX BÜHRER, **[Verfahrensart: Korruptionsfreies Verfahren](#)**, in : Kriterium Nr. 42/17
- FRITZ DOLDER/MATTHIAS MOELLENEY, **Betriebliche Lohnanalyse mit Hilfe der multiplen Regression, Methodische Anmerkungen zur Revision des Gleichstellungsgesetzes**, in : [Jusletter](#) 22 mai 2017 (1^{ère} partie); [Jusletter](#) 3 juillet 2017 (2^e partie)
- THOMAS GEIGER, «**Plausibilisierung ja, aber...**», **Neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Plausibilitätsprüfungen im Vergabeverfahren**, in : [Jusletter](#) 2 octobre 2017
- ROLF KUHN, **Der Einfluss des Vergaberechts auf den Wechsel der Vorsorgeeinrichtung**, in : [Jusletter](#) 12 juin 2017
- THOMAS POLEDNA/RALPH TRÜMPLER, **Die Vergabe von Spitex-Dienstleistungen durch die öffentliche Hand**, in : [PJA](#) 2018, p. 187 ss.
- ÉTIENNE POLTIER, **La commande publique portant sur des objets complexes : les solutions du droit actuel et du P-LMP, ainsi qu'un regard sur le droit de l'Union européenne**, in : Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (SVVOR) / Association suisse du droit public de l'organisation (ASDPO) (éd.), [Jahrbuch / Annuaire 2016/2017](#), Droit public de l'organisation – responsabilité des collectivités publiques – fonction publique, Berne 2017, p. 39 ss.
- ÉTIENNE POLTIER, **Le règlement des litiges liés aux contrats publics en Suisse**, in : Laurence Folliot Lalliot/Simone Torricelli (éd.), [Contrôles et contentieux des contrats publics – Oversight and Challenges of public contracts](#), Bruxelles 2018
- STEFAN RENFER, **Ausschreibung einer Konzession für den Plakataushang, Binnenmarktrechtliche Gedanken zu einem weiteren Urteil des Bundesgerichts**, in : [Jusletter](#) 22 janvier 2018
- CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, **[Aktuelle Rechtsprechung: Listenspitäler unterstehen dem Vergaberecht](#)**, in : Kriterium Nr. 43/17
- MARC STEINER, **[Die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der öffentlichen Beschaffung](#)**, Vergaberechtliches Arbeitspapier, 4^e édition 2017
- ASTRID WASER/DANIEL SUTTER, **Einsichtsrechte von Vergabestellen bei Submissionsabsprachen**, in : [Jusletter](#) 13 mars 2017

Enfin, j'ose présenter une requête: le comité directeur de l'ASMP est très heureux que les membres de l'association **utilisent le logo de l'ASMP** sur leur site Internet. Il l'est également lorsque les informations données sont exactes. En revanche, il ne souhaite pas qu'il soit fait référence à des «partenariats» qui n'existent pas ou qu'il y ait une utilisation du logo dans le contexte d'une entreprise lorsque l'adhésion est personnelle. Nous vous remercions d'avance de votre compréhension.

Je remercie Madame Nathalie Clausen qui nous a apporté son aide précieuse dans la rédaction de la newsletter et vous souhaite un bon été – marchés publics. Au nom de l'ensemble du Comité, je vous adresse mes salutations les plus cordiales.

Martin Beyeler, Président de l'ASMP

Impressum

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

[se désinscrire](#) de la newsletter

www.svoeb.ch