

Fribourg, avril 2019

Newsletter 1/2019

Chers membres,

L'heure est grave: il est prévisible que le Parlement fédéral se prononce de manière définitive sur la **nouvelle LMP** ainsi que sur la ratification de l'AMP 2012 avant la fin de ce semestre (les débats parlementaires peuvent être suivis sur <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista>, n^{os} d'objets 17.019 et 17.020).

On **ignore** quelle sera la version finale du texte de la LMP, si les cantons s'écarteront de la proposition commune d'harmonisation et si la Confédération attendra les décisions des cantons sur l'AIMP pour mettre en vigueur l'AMP 2012 (et donc la nouvelle LMP). L'attente des résultats des développements actuels est d'autant plus passionnante. Entre-temps, il est recommandé de prendre connaissance du [rapport du Conseil fédéral du 31 octobre 2018 sur les «Mesures concernant les prestations de planification»](#), dans lequel il est question de la concurrence par les prix des services de planification. Il est également recommandé de lire les [«Directives pour une durabilité des marchés publics \(biens et services\)»](#) de la conférence des achats de la Confédération (CA) de novembre 2018.

Le 27 novembre 2018, les Etats signataires de l'AMP ont pris la décision de principe d'accepter une offre de la Grande-Bretagne concernant une (éventuelle) [adhésion post-Brexit à l'AMP](#). Cette offre prolonge le champ d'application de l'AMP jusqu'alors valable en Grande-Bretagne; l'accès au marché des fournisseurs d'autres Etats membres de l'AMP reste donc également garanti même après le départ de l'UE. Toutefois, on ne sait pas dans quelle mesure les procédures et règles d'adjudication britanniques doivent rester conformes aux standards de l'UE en raison de cette offre.

Le 28 novembre 2018, le **gouvernement australien** a soumis le texte de l'AMP 2012 au Parlement. Vue à l'adhésion attendue de la République populaire de Chine à cet accord, le gouvernement australien souhaite ne pas rater le train (cela étant, des produits australiens font aussi parfois l'objet de marchés publics suisses ; voir TAF [B-1570/2015](#), 7 octobre 2015; [communiqué de la Commission de la concurrence du 20 décembre 2016](#)).

Une **émission radiophonique** (<https://www.srf.ch/radio-srf-1/radio-srf-1/oeffentliche-auftraege-uniformen-aus-indien-randsteine-aus-china-wollen-wir-das>) diffusée par SRF 1, qui ne sera pas soumise non plus à l'AMP 2012, donne un aperçu des différents points de vue sur le libre-échange dans le domaine des marchés publics, sujet qui est souvent abordé dans le cadre de cette révision.

Dans ce contexte, quelques **succès d'entreprises suisses** lors de marchés publics à l'étranger méritent d'être évoqués (<https://www.derbund.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/grosser-job-fuer-die-implenia-in-paris/story/30319784>; <https://www.sueddeutsche.de/muenchen/zweite-stammstrecke-grossauftrag-marienhof-1.4267016>; <https://www.dieostschweiz.ch/artikel/stadler-gewinnt-auf-der-insel-71-zuege-fuer-wales-borders--AWnbbqb>; <https://www.tagblatt.ch/wirtschaft/stadler-liefert-lokomotiven-nach-grossbritannien-id.1081149>).

Le chapitre 3.4 du [rapport de la Délégation des finances aux Commissions des finances du Conseil national et du Conseil des États concernant la haute surveillance des finances de la Confédération en 2017](#) (FF 2018 4205) traite de la révision de la loi fédérale sur la protection des consommateurs et, surtout, des **défis qui se poseront ensuite dans le domaine des marchés publics fédéraux**.

Outre la révision de la législation sur les marchés publics, une **révision de la loi sur le Tribunal fédéral** (LTF), qui concerne également le domaine des marchés publics via les nouvelles dispositions de l'art. 83 let. e et let. f en lien avec l'art. 89a ss P-LTF (FF 2018 [4713](#), [4769](#)), est également en cours.

Dans le cadre d'un mandat de l'Office fédéral allemand pour l'environnement (*Umweltbundesamt*), ANDREAS HERMANN de l'*Öko-Institut e. V.* à Darmstadt a rédigé une étude (mise à jour en février 2019) intitulée [«Rechtsgutachten umweltfreundliche Beschaffung»](#) (expertise juridique sur les achats respectueux de l'environnement), qui traite en détail des questions juridiques relatives à la prise en compte des aspects de durabilité écologique dans tous les stades de la procédure d'adjudication. Bien que cette étude porte sur le droit européen et le droit allemand, un bon nombre de constats peuvent être sans autre transposés aux conditions suisses – ceci est vrai, par exemple, pour l'affirmation selon laquelle des critères d'aptitude axés sur la protection de l'environnement ne peuvent être établis que si l'exécution concrète du contrat entraîne des défis particulièrement difficiles dans le domaine de la protection de l'environnement (*op. cit.*, p. 85 s.).

L'Office d'informatique et d'organisation (OIO) du canton de Berne a développé un **outil d'apprentissage** en ligne pour les marchés publics, [qui est également accessible au public](#) (remarque : choisir l'option « Connexion comme invité » dans la rubrique « Compte invité »).

Dans le canton de Fribourg, un adjudicateur du niveau cantonal cherche depuis un certain temps sans succès un terrain à bâtir pour une école professionnelle. De nouvelles voies sont en train d'être empruntées : [un concours d'études et de réalisation, dans le cadre duquel les équipes candidates doivent également proposer le terrain à bâtir, a été publié](#). L'industrie de la construction fait preuve de peu d'enthousiasme.

L'ASMP est heureuse d'être partenaire d'une [manifestation réunissant trois pays](#) (l'Allemagne, l'Autriche et la Suisse) sur le droit des marchés publics, organisée par le *Forum Vergabe* (groupe régional Bade-Wurtemberg) le 23 mai 2019 à Stuttgart (voir agenda). Celle-ci se tiendra également dans les autres pays participants au cours des prochaines années.

Législation

Une nouvelle let. h a été insérée à l'[art. 2 al. 1 de la LMP](#) selon laquelle l' « **établissement au sens de la loi du 16 juin 2017 sur les fonds de compensation** » ([SR 830.2](#)) nouvellement créé a également été ajouté à la LMP, mais à l'exception de l' « administration de la fortune visée à l'art. 3 » de la loi mentionnée. La question de savoir si les marchés concernant la prise en charge de la gestion de fortune sur une certaine période et selon certains critères relèvent également de l'exception ne résulte pas du libellé des dispositions citées, mais de l'annexe 4 (avec la note de bas de page 2) de l'annexe I AMP 1994 ainsi que du chiffre 7/B/i du [document MTN.GNS/W/120](#).

Agenda

- 16 avril 2019, Zurich (ASMP): Zürcher Submissions-Chränzli 2/2019 (12h15, restaurant *Spitz*; inscription via <mailto:ra@schneider-recht.ch>)
- 8 mai 2019, Berne (Forschungsstelle Digitale Nachhaltigkeit, UNIBE): 12^e Roundtable ICT-Beschaffungen: [«Wie können sich Beschaffungsstellen auf das neue Beschaffungsrecht vorbereiten?»](#)
- 9 mai 2019, St-Galles (ASMP): 3^e St. Galler Submissionstreffen: [«Von Kooperationen und Absprachen in Submissionsverfahren: Zusammenspiel zwischen Vergabe- und Kartellrecht»](#)
- 23 mai 2019, Stuttgart (Allemagne): Dreiländerveranstaltung D-A-CH (partenariat de l'ASMP): [«Aktuelles zum Vergaberecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz»](#)
- 24 mai 2019, Berne (ASMP): Assemblée générale de l'ASMP (une invitation sera envoyée)
- 12 juin 2019, Berne (ASMP): Berner Submissions-Controversen (BSC; Ausschreibung erfolgt im Mai 2019)
- 29 août 2019, Berne (Forschungsstelle Digitale Nachhaltigkeit, UNIBE): [IT-Beschaffungskonferenz 2019](#)
- 11 septembre 2019, Berne (Forschungsstelle Digitale Nachhaltigkeit, UNIBE): 13^e Roundtable ICT-Beschaffungen: [«Keine Angst vor der Finanzkontrolle»](#)
- 29 octobre 2019, Bienne (Fondation PUSCH): Journée PUSCH : [«Nachhaltige öffentliche Beschaffung: Fokus Kreislaufwirtschaft»](#)
- 5 novembre 2019, Berne (Forschungsstelle Digitale Nachhaltigkeit, UNIBE): 14^e Roundtable ICT-Beschaffungen: [«Lifecycle und Portfolio Management von IT Systemen - wie lässt sich die Ablösung bereits bei der Beschaffung vorausplanen?»](#)
- 8 novembre 2019 (ASMP): Assemblée d'automne de l'ASMP (une invitation sera envoyée)

Jurisprudence récente :

(cf. également les nombreux commentaires des décisions en matière de marchés publics dans les numéros respectifs 1 et 4 de la revue « Baurecht / Droit de la construction »)

CJUE

- Champ d'application subjectif ; secteurs ; **entreprises de chemins de fer** (exploitation de réseaux ferroviaires selon le droit de l'Union) : [CJUE C-388/17](#) du 28 février 2019 (SJ)
- Champ d'application objectif ; **contrat de travail** : [CJUE C-260/17](#) du 25 octobre 2018 (Anodiki)
- **Liberté de définition** par rapport à la spécification de l'objet du marché : [CJUE C-413/17](#) du 25 octobre 2018 (Roche Lietuva)
- **Contrats-cadres** ; adhésion de sujets qui n'étaient pas des co-contractants ; annonce d'une quantité maximale dans l'appel d'offres : [CJUE C-216/17](#) du 19 décembre 2018 (Coopservice)
- **Entreprises liées** qui soumissionnent de manière séparée : [CJUE C-531/16](#) du 17 mai 2018 (Ecoservice projektai)
- **Exclusion de la procédure en application de critères d'adjudication** : [CJUE C-546/16](#) du 20 septembre 2018 (Montte)
- **Qualité pour agir** en cas d'absence d'offre : [CJUE C-328/17](#) du 28 novembre 2018 (Amt)

TF

- Champ d'application subjectif ; **hôpitaux listés** : [TF 2C 196/2017](#) du 21 février 2019
- Champ d'application objectif ; marchés de **soins à domicile** : [TF 2C 861/2017](#) du 12 octobre 2018
- Champ d'application de l'**art. 2 al. 7 LMI** ; géothermie : [TF 1C 46/2017](#) du 21 novembre 2018
- Champ d'application de l'**art. 2 al. 7 LMI** ; restoroute : [TF 2C 351/2017](#), [2C 352/2017](#) du 12 avril 2018
- **Conditions de travail** ; obligation d'instruire le grief de violation : [TF 2D 19/2018](#) du 19 février 2019
- **Soumissionnaires étrangers** ; égalité de traitement : [TF 2D 31/2018](#) du 1^{er} février 2019
- **Cartels de soumission** ; conséquences en droit des marchés publics : [TF 2C 762/2017](#) du 11 septembre 2018
- **Interprétation des documents d'appel d'offres** ; transports de déchets ; véhicule de remplacement : [TF 2D 17/2018](#) du 9 octobre 2018
- **Références de sous-traitants** (critère d'adjudication) : [TF 2D 35/2017](#) du 5 avril 2018
- **Droit de recours** ; calcul de la valeur du marché déterminante : [TF 2D 24/2018](#) du 25 juin 2018
- **Qualité pour agir** du soumissionnaire classifié au troisième rang : [TF 2D 21/2018](#) du 19 février 2019

- **Qualité pour agir** du soumissionnaire exclu : [TF 2D 24/2017](#) du 14 mai 2018
- **Intérêt digne de protection** ; recours contre une décision de sanction : [TF 2C 690/2018](#) du 4 décembre 2018
- **Domages-intérêts** ; subsidiarité de la responsabilité de l'État ; gré à gré illicite : [TF 2D 42/2018](#) du 11 mars 2019
- Principe de publicité ; **accès à des pièces d'un contrat adjudgé de gré à gré** : [TF 1C 665/2017](#) du 16 janvier 2019
- Droit pénal ; **falsification d'un titre** ; attestation concernant les charges sociales : [TF 6B 767/2018](#) du 11 décembre 2018

TAF

- **Limitation du nombre de lots** qu'un soumissionnaire peut obtenir : [TAF B-4011/2018](#) du 11 octobre 2018
- Paiement des **impôts et cotisations sociales** ; faux renseignements ; faillite : [TAF B-396/2018](#) du 19 février 2019
- **Préimplication** ; obligation de compenser : [TAF B-6708/2017](#) du 9 mai 2018
- **Récusation** ; marchés étroits : [TAF B-5452/2015](#) du 19 juin 2018
- **Droits d'auteur** ; préimplication ; récusation : [TAF B-6588/2018](#), décision incidente du 4 février 2019
- **Cartels de soumission** ; conséquences en droit des cartels : [TAF B-771/2012](#), [TAF B-807/2012](#), [TAF B-829/2012](#), [TAF B-880/2012](#), tous du 25 juin 2018
- **Critères d'aptitude** ; vérification : [TAF B-4895/2017](#) du 28 juin 2018
- **Taux horaires pour différentes catégories d'honoraires** ; règles sur le calcul du prix : [TAF B-4969/2017](#) du 24 septembre 2018
- **Accès au dossier** en cas de grief de récusation : [TAF B-4086/2018](#), décision incidente du 20 décembre 2018

Interventions dans le Parlement fédéral :

- Question OLIVIER FELLER : « **Marchés publics. La Poste cessera-t-elle d'attribuer à une seule entreprise un mandat de prestations pour toute la Suisse ?** » ([19.5019](#))
- Interpellation HANSJÖRG KNECHT : « **De nouvelles interrogations au sujet du Duro** » ([19.3045](#))
- Question PHILIPPE NANTERMOT : « **Marchés publics. Publication des appels d'offres en français** » ([18.5426](#))
- Interpellation PIERRE-ALAIN FRIDEZ : « **Peut-on vraiment dire qu'un bien militaire a atteint la maturité d'acquisition lorsqu'il doit encore être développé pendant plusieurs années avant de pouvoir être certifié ?** » ([18.4289](#))
- Motion PIERRE-ALAIN FRIDEZ : « **Se conformer enfin au principe de la maturité du projet d'acquisition en matière de biens militaires** » ([18.4287](#)).
- Interpellation OLIVIER FELLER : « **Marchés publics. Est-il admissible que l'armée et la Poste ne fournissent les dossiers des appels d'offres qu'en allemand et n'acceptent que les offres en allemand ?** » ([18.3729](#))

- Interpellation NADINE MASSHARDT : « **Peut-on exclure que des enfants aient contribué à la fabrication des appareils informatiques de la Confédération ?** » ([18.3575](#))
- Interpellation HUGUES HILTPOLD : « **Adjudications récentes à des entreprises chinoise et portugaise. Posons des garde-fous !** » ([18.3458](#))
- Interpellation THOMAS WEIBEL : « **Logiciel pour l'enregistrement des cancers. L'adjudication douteuse à l'OFIT du développement d'une nouvelle solution gaspille-t-elle l'argent du contribuable ?** » ([18.3374](#))
- Interpellation JACQUES-ANDRÉ MAIRE : « **Les CFF ne se sentent-ils pas concernés par un arrêt du Tribunal administratif fédéral ?** » ([18.3138](#))
- Question GERHARD PFISTER : « **Acquisition d'avions de combat. Des solutions politiques plutôt que des affaires compensatoires** » ([18.1034](#))
- Interpellation ALOIS GMÜR : « **Production à l'étranger d'autocollants infalsifiables** » ([17.3908](#))

Publications juridiques :

(vgl. auch Zufferey/Beyeler/Scherler [éd.], *Marchés publics* 2018, Zurich 2018; BEYELER, *Vergaberechtliche Entscheide* 2016/2017, Zurich 2018)

- BEYELER, Martin, Finanzvermögen: Freiheit oder Vergaberecht?, *in*: [Kriterium Nr. 45, Januar 2019](#)
- BRUGGEMAN, Evelien, Legal aspects of Building Information Modelling in the Netherlands: the procurement of a work with a BIM component – Part 1, *in*: [Construction Law International](#), juillet 2018, pp. 40 ss
- BRUGGEMAN, Evelien, Legal aspects of Building Information Modelling (BIM) in the Netherlands: the procurement of a work with a BIM component – Part 2, *in*: [Construction Law International](#), janvier 2019, pp. 56 ss
- CORVAGLIA, Maria Anna, Public Procurement and Private Standards: Ensuring Sustainability Under the WTO Agreement on Government Procurement, *in*: [Journal of International Economic Law](#), 2016, pp. 607 ss
- JAQUIER, Manuel, [Le « gré à gré exceptionnel » dans les marchés publics – Étude de droit suisse et européen](#), thèse Fribourg, Zurich 2018
- JAUCH-STOLZ, Monika, Vorteile des Architekturwettbewerbs im offenen Verfahren, *in*: [TEC21, Nr. 3-4/2019](#)
- KARAGÖK, Yavuz, Mettre fin aux cartels grâce à la statistique ?, *in*: [La Vie économique 8-9/2018, pp. 45 ss](#)
- KÄSER, Beatrice, Das Bundesgericht hat entschieden: Was es bei der Plausibilitätsprüfung des Angebots zu beachten gilt, *in*: [Kriterium Nr. 44, November 2018](#)
- LENZLINGER, Annette, Ingenieur- und Architekturleistungsofferten nach der SIA-Ordnung 144, *in*: Stöckli/Siegenthaler (éd.), *Planerverträge*, 2^e éd., Zurich 2019, pp. 187 ss
- SCHERLER, Stefan, Der Wettbewerb nach der SIA-Ordnung 142, *in*: Stöckli/Siegenthaler (éd.), *Planerverträge*, 2^e éd., Zurich 2019, pp. 115 ss
- SCHNEIDER HEUSI, Claudia, Der Studienauftrag nach der SIA-Ordnung 143, *in*: Stöckli/Siegenthaler (éd.), *Planerverträge*, 2^e éd., Zurich 2019, pp. 151 ss

- STEINER, Marc, Révision de la LMP: une grosse surprise ?, in: [Procure Swiss Magazin, Dezember 2018, pp. 16 s.](#)

Avant la fin...

Un adjudicateur public semble ici faire un peu trop confiance à son pouvoir de persuasion :

3.3 Raisons de la décision d'adjudication

Raisons: Les entreprises adjudicataires seront persuadées de répondre de la meilleure façon aux critères d'attribution.

(Simap- Nr. 1057015).

Le texte allemand de la décision (message Simap n° 1057013) ne laisse toutefois aucun doute qu'il ne s'agissait pas de dire « seront persuadées » mais « ont persuadé ».

Je tiens à remercier Nathalie Clausen et Stefan Scherler, qui ont activement participé à la rédaction de cette newsletter.

Je vous souhaite un agréable printemps et, au nom de l'ensemble du Comité directeur, je vous adresse mes salutations les plus chaleureuses.

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