

Winterthur, novembre 2016

Newsletter 2/2016

Chers membres de l'Association,

Non, le projet de la nouvelle loi fédérale sur les marchés publics (LMP) n'a toujours pas été rendu public, mais à ce qu'on entend dire, cet état de fait devrait changer très bientôt. Le soussigné n'en connaît malheureusement pas la date, celle-ci étant soumise à la plus stricte confidentialité, mais dès que le projet sera publié, vous en serez informés.

Dans ce contexte, l'Association suisse des marchés publics s'efforcera de vous rendre l'attente du projet de révision de la LMP aussi agréable que possible avec de la lecture et des infos.

Car, ce projet mis à part, il y a de nouveau une foule de choses à signaler. Vous trouverez toutes les nouveautés (avec références ou liens) en annexe. Reprenons brièvement les quelques thèmes suivants.

Dans une fiche d'information, le Tribunal administratif du Canton de Zurich a fixé à 10 jours le délai de réponse à un recours dans les procédures concernant les marchés publics et stipulé qu'il pouvait être prolongé – une seule fois – de 10 jours supplémentaires (de 20 jours en cas exceptionnel). La même règle s'applique en tout cas pour les répliques et dupliques lorsque le recours bénéficie de l'effet suspensif.

Le centre de recherche sur la durabilité numérique de l'Université de Berne organise en 2016 et 2017 une série de tables rondes qui aborderont diverses questions ayant trait aux marchés publics TIC. Le 24 janvier 2017, la discussion portera sur les différents points de vue d'adjudicateurs et de soumissionnaires, le 19 octobre 2017 sur la fusion des ouvrages de constructions et des équipements informatiques, et le 9 novembre 2017 sur la procédure de recours en matière de marchés publics.

Le canton de Vaud prévoit d'adopter une modification législative portant sur le gré à gré concurrentiel. Des offres concurrentielles pourront être admises pour autant qu'il s'agisse de prestations largement standardisées dont l'adjudication peut se faire selon le critère (unique) du prix le plus bas. Derrière cette restriction, il y a la crainte que le tribunal administratif compétent puisse considérer une procédure de gré à gré concurrentielle imposant des critères qualitatifs d'adjudication comme une procédure sur invitation. Cette crainte semble infondée aux yeux du soussigné – dans la procédure de gré à gré, l'important est que celle-ci soit clairement déclarée comme telle et qu'une éventuelle évaluation qualitative ne soit ni arbitraire, ni discriminatoire. Les impératifs de la procédure sur invitation ne peuvent en aucun cas devenir applicables sur la seule base d'une évaluation qualitative des offres.

Depuis la dernière newsletter, les tribunaux ont répondu à de très nombreuses questions importantes, d'où la liste particulièrement longue que vous trouverez cette fois-ci. Mentionnons en particulier les questions ci-dessous, qui ont fait l'objet de décisions judiciaires.

- Dans quelles conditions la Comco est-elle autorisée à remettre à un adjudicateur public des dossiers qu'elle a constitués dans le cadre d'une enquête concernant des ententes illicites entre soumissionnaires ?
- Les soumissionnaires étatiques – en l'occurrence un institut universitaire – doivent-ils être exclus de la procédure d'adjudication s'ils présentent une offre à un prix inhabituellement bas ?
- Quels sont les magasins situés dans une gare qui doivent être affectés au secteur du transport ferroviaire de passagers ?
- La constitution et l'exploitation d'un système de vélos en libre service initiées et éventuellement subventionnées par une ville constituent-elles un marché public ?
- Quand les caisses de pension cantonales sont-elles assujetties au droit des marchés publics ? - Un article de SCHNEIDER HEUSI a également déjà été publié sur ce sujet.
- Les contrats prévoyant uniquement des rabais qui sont conclus avec tous les acteurs économiques intéressés doivent-ils être qualifiés de marchés publics ?

Vous trouverez ces informations et d'autres en annexe. Je remercie Madame Nathalie Clausen pour son aide active à la rédaction de cette newsletter.

Je vous souhaite bonne lecture, je vous souhaite aussi un bel hiver et vous adresse mes plus cordiales salutations, au nom de tout le Comité.

Martin Beyeler
Président de l'ASMP

Manifestations

- [Assemblée générale d'automne de l'ASMP](#) (25 novembre 2016 à Berne).
- [Tables rondes des Marchés publics TIC 2016/2017 \(Série de manifestations du Centre de recherche sur la durabilité numérique, Université de Berne\).](#)
- [Journées suisses du droit de la construction 2017](#) (26/27 janvier 2017 en français).

Législation

- UE : les États membres de l'UE devaient avoir transposé les directives européennes révisées relatives aux marchés publics (Directives [2014/24/UE](#) et [2014/25/UE](#)) dans leur droit national au plus tard le 18 avril 2016 (Exception : la transposition de la procédure de passation de marché entièrement électronique peut être reportée jusqu'au 18 octobre 2018 ou, pour les centrales d'achat, jusqu'au 18 avril 2017) ; communiqué de presse.

- Canton VD : [projet de loi concernant le gré à gré concurrentiel](#).

Jurisprudence

- Allégation *a posteriori* de causes d'exclusion dans la procédure de recours ; références ; octroi partiel d'effet suspensif (ATAF [B-4637/2016](#), décision intermédiaire du 19 octobre 2016).
- Interprétation des dispositions de l'appel d'offres; annulation de l'adjudication et passation du marché par le tribunal (ATAF [B-8115/2015](#) du 6 octobre 2016).
- Assistance à la maîtrise d'ouvrage, récusation et pré-implication (ATAF [B-3563/2016](#) du 22 septembre 2016).
- Exclusion en raison de non-conformité aux spécifications techniques (Arrêt TA [2C 257/2016](#) du 16 septembre 2016).
- Assujettissement des prestations de traduction (ATAF [B-8141/2015](#) du 30 août 2016).
- Assujettissement de la constitution et exploitation d'un système de prêt de vélos (arrêts TF [2C 82/2016](#) du 30 juin 2016 ; TF [2C 1014/2015](#) du 21 juillet 2016 ; TF [2C 658/2016](#) du 25 août 2016).
- Droit des adjudicateurs (potentiellement) lésées par des ententes illicites entre soumissionnaires à la consultation des dossiers d'enquête de la Comco (ATAF [A-6320/2014](#) et [A-6334/2014](#), les deux du 23 août 2016).
- Conformité de l'offre à l'appel d'offres ; variantes (ATAF [B-2599/2016](#) du 17 août 2016 ; ATAF [B-7216/2014](#), décision intermédiaire du 7 juillet 2016).
- Exclusion pour cause de mauvaise exécution de marchés publics précédents (Chambre des marchés publics, Saxe-Anhalt [Allemagne] [3 VK LSA 20/16](#), décision du 28 juillet 2016).
- Assujettissement de caisses de prévoyance professionnelle cantonales (arrêt TF [2C 6/2016](#) du 18 juillet 2016, prévu pour la publication).
- Interruption de la procédure après annulation de l'adjudication par le tribunal (ATAF [B-1680/2016](#) du 18 juillet 2016).
- Publication de la méthode d'évaluation (arrêt CJUE [C-6/15](#) [TNS Dimarso] du 14 juillet 2016).
- Assujettissement des contrats de remise (modèle « Open house » ; arrêt CJUE [C-410/14](#) [Dr Falk Pharma] du 2 juin 2016).
- Modification de la composition d'un consortium (arrêt CJUE [C-396/14](#) [MT Højgaard A/S] du 24 mai 2016).
- Qualité pour agir du soumissionnaire arrivé en quatrième position (ATAF [B-6337/2015](#) du 26 avril 2016).
- Salaires minimaux différents au niveau régional dans le secteur du bâtiment (arrêt TF [2D 54/2015](#) du 13 avril 2016).
- Soumissionnaires étatiques (ATAF [B-3797/2015](#) du 13 avril 2016).

- Renvoi aux capacités de sous-traitants (« Emprunt d'aptitude » ; arrêt CJUE [C-324/14](#) [Partner Apelski Dariusz] du 7 avril 2016).
- Qualité pour agir du recourant (potentiellement à exclure) (Arrêt CJUE [C-689/13](#) [PFE] du 5 avril 2016).
- Références ; objets non achevés ; fixation du montant déterminant (arrêt TF [2D 53/2015](#) du 23 mars 2016).
- Révocation de la décision d'adjudication après nouvelle évaluation des critères d'aptitude (ATAF [B-307/2016](#) du 23 mars 2016).
- Comparabilité de références (ATAF [B-7208/2014](#) du 13 mars 2016).
- Formalisme excessif ; enveloppe d'offre scellée (arrêt TF [2C 933/2015](#) du 4 mars 2016).
- Assujettissement du secteur du transport ferroviaire de passagers (ATAF [B-6350/2015](#) du 22 février 2016).
- Récusation de personnes auxiliaires du pouvoir adjudicateur (ATAF [B-5452/2015](#), décision intermédiaire du 3 février 2016).

Bibliographie

- SCHNEIDER HEUSI, Claudia, [Aktuelles aus dem Bundesgericht: Die Aargauische Pensionskasse ist dem Vergaberecht unterstellt](#) (Arrêt du TAF 2C 6/2016 du 18 juillet 2016, prévu pour la publication), in: Jusletter 7 novembre 2016 (www.jusletter.ch).
- CANONICA, Flavio, *Campo di applicazione soggettivo del diritto delle commesse pubbliche con particolare riferimento alle committenze attive nel Cantone Ticino*, in : *Rivista Ticinese di Diritto I-2016*, pp. 369 ss.
- HUBACHER, Kevin, [Schweizer Kartellrecht 2015 – ein Jahresrückblick](#), in : Jusletter 25 avril 2016 (www.jusletter.ch).
- UE : [Buying green! A handbook on green public procurement, 3^e édition 2016](#).
- UE : [Study on best practises for ICT procurement based on standards in order to promote efficiency and reduce lock-in](#).

Divers

- Confédération : [interpellation de Olivier Français du 16 juin 2016 : « Marchés publics. Les prestations de service, mais à quel prix ? » ; prise de position du Conseil fédéral du 7 septembre 2016](#).
- Confédération : révision des [conditions générales de la Confédération relatives à l'achat de biens](#) et des [conditions générales de la Confédération relatives à l'achat de services](#) (resp. en vigueur depuis le 1^{er} septembre 2016) ; [vue d'ensemble des nouveautés majeures](#) (en allemand).

- COMCO : [recommandation du 4 avril 2016 à l'attention du canton de Fribourg concernant le projet de loi cantonale sur la restauration collective publique.](#)
- VD : [charte éthique vaudoise des marchés publics](#)
- ZH : extrait du feuillet de la section 1 du Tribunal administratif du Canton de Zurich relatif à la fixation et à la prolongation de délais (en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2016) :

Dans les affaires concernant les marchés publics,

Lorsque l'effet suspensif provisoire ou définitif est accordé au recours.

- Le délai pour déposer la *réponse au recours* et la réponse facultative de l'adjudicataire est de *10 jours*.
- Ce délai peut être prolongé une seule fois de *10 jours, de 20 jours dans des cas particuliers*.
- Pour les *répliques et dupliques*, un délai est fixé à *10 jours* et une seule prolongation de délai de *10 jours* peut être accordée, *de 20 jours dans des cas particuliers ; en cas d'urgence*, un délai *non prolongeable* peut être fixé.

Si le recours n'a pas d'effet suspensif, des délais plus longs sont possibles pour les répliques et dupliques.

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