

Rencontres ASMP (n° 3), Genève, 25 janvier 2024

Quelques arrêts actuels

Martin Beyeler

Professeur ordinaire

Chaire de droit des infrastructures / Institut pour le droit de la construction / Smart Living Lab

Faculté de droit

Université de Fribourg

TABLE DES MATIÈRES

- I. La reliure spirale et le classeur fédéral
- II. Le paiement des impôts et des cotisations sociales
- III. Le gré à gré en situation d'exclusivité : le fardeau de la preuve
- IV. La fiabilité du prix et les différents niveaux de prix
- V. L'inspection des lieux, le retard et le droit procédural

- AO : les offres doivent être remises en reliure spirale
 - remise d'une offre dans un classeur fédéral
 - exclusion de la procédure / recours
 - TRAM/TI : l'exclusion est excessivement formaliste
 - seuls les vices formels « pertinents » (« *rilevanti* ») justifient une exclusion (art. 26 al. 2 LCPubb/TI)
 - il est douteux que la règle en cause poursuive un but autre que la pure forme
 - en l'espèce, le vice n'est point « pertinent »
 - réflexion : l'objectif était probablement d'éviter la manipulation des offres (mais le moyen n'est pas particulièrement apte...)

– AO : fourniture du chariot à main 04

- recours contre l'adjudication à X
 - grief : X sous-traite à l'entreprise Z, sise en Chine, qui en 2018 n'a pas payé les impôts chinois ; violation de l'art. 26 al. 1 LMP
- TAF : rejette ce grief
 - par « impôts et cotisations sociales » selon l'art. 26 al. 1 LMP, il y a lieu de comprendre les impôts et cotisations de droit suisse (uniquement)
 - renvoi au Message LMP (FF 2017 1695, 1785)
 - le but de la condition de participation en cause est d'éviter qu'un soumissionnaire puisse avoir un marché public suisse s'il n'a pas payé les redevances suisses

– la critique

- sans aucune discussion, le TAF suit l'opinion l'adjudicateur
- l'interprétation de l'art. 26 al. 1 LMP effectuée par le TAF est lacunaire et son résultat est erroné
 - texte : aucune limitation aux redevances suisses
 - systématique : cf. p.ex., art. 12 al. 1–3 LMP (différenciation selon le territoire)
 - histoire : le Message est muet ; il énumère différentes redevances non pas pour être exhaustif mais afin de souligner que la condition ne se limite pas aux redevances dues à l'adjudicateur respectif
 - but : égalité de traitement et concurrence équitable (non pas : préserver les fonds publics)

– la critique

- l'idée du TAF concernant le but de l'art. 26 al. 1 LMP est en soi contradictoire
- « ... le sens de l'art. 26 al. 1 LMP consiste à éviter qu'un soumissionnaire, qui est en demeure vis-à-vis du fisc suisse [*schweizerischer Fiskus*], obtienne des marchés financés par des moyens provenant des redevances suisses. » (consid. 10.4 ; trad. M.B.)
- un « fisc suisse » n'existe guère
- l'opinion du TAF contredit le Message LMP : dans une procédure d'adjudication communale, il est d'emblée exclu que les moyens investis proviennent de l'AVS – pourquoi donc le soumissionnaire doit avoir payé les cotisations AVS dans ce cas ?
- le TAF part-il de l'idée d'une solidarité entre toutes les autorités suisses ? si oui, pourquoi cette solidarité s'arrête-t-elle aux frontières nationales ?

– adjudication de gré à gré

- remplacement du logiciel X actuel (V0.9) par le logiciel X nouveau (V2.0) ; adjudicataire : X. SA (= soumissionnaire « sortant »)
- recours de Y. SA, active dans le même domaine que X. SA
- CDAP/VD : admission du recours
 - Y. SA a rendu vraisemblable qu'elle est une soumissionnaire potentielle
 - en dépit de l'arrêt Microsoft, c'est l'adjudicateur qui endosse le fardeau de la preuve concernant l'existence d'une situation d'exclusivité exceptionnelle
 - en l'espèce, l'adjudicateur n'a pas réussi à prouver qu'il n'existe aucune alternative acceptable (il n'a pas enquêté) → la décision attaquée n'est pas fondée

- recours au TF (X. SA)
- rejet du recours par le TF
 - question juridique de principe (art. 83 let. f ch. 1 LTF) : le fardeau de la preuve dans les cas de gré à gré en situation d'exclusivité
 - si une question juridique de principe a déjà été tranchée par le TF, elle n'en est plus une, à moins qu'il n'y ait des critiques importantes de la doctrine ou une instance précédente qui a décidé de s'écarter de la jurisprudence du TF
 - au vu des critiques doctrinales, des jurisprudences du TAF, cantonales et européenne et du fait que le gré à gré exceptionnel constitue une exception aux principes d'égalité de traitement et de la concurrence, il sied de modifier la pratique Microsoft (qui n'a jamais été confirmée)

- ainsi, il incombe à l'adjudicateur de prouver son besoin (dument analysé), la liaison exclusive entre le besoin et les prestations destinées à être adjudgées de gré à gré, ainsi que l'absence de prestations / soumissionnaires de substitution
 - n'ayant procédé à aucune analyse du marché, l'adjudicateur ne saurait fournir cette preuve
- l'entreprise recourante n'a qu'à rendre vraisemblable qu'elle est une soumissionnaire potentielle ; cela vaut tant sous l'angle de la qualité pour agir (être spécialement atteint) que concernant le fond de l'affaire
 - étant actif dans le même domaine, la recourante est vraisemblablement une soumissionnaire potentielle

- *n.b.* : la question des prestations de substitut doit être répondue sur la base d'une analyse du besoin existant
- l'analyse du besoin ne commence pas par un produit / soumissionnaire donné, mais doit suivre les étapes suivantes:
 - (1) quel est le besoin qui doit être satisfait d'un point de vue abstrait, objectif et neutre ?
 - (2) quelle est la nature des prestations pouvant satisfaire ce besoin ?
 - (3) est-ce qu'il existe plusieurs soumissionnaires pouvant fournir ces prestations ?

→ recherches, conseils, dialogue technique, *Request for Information*

– révision du droit jurassien des marchés publics

- adhésion à l'AIMP / adoption d'une nouvelle LMP/JU (Parlement)
 - art. 15 al. 3 LMP/JU (critères d'adjudication) : « fiabilité du prix » et « différence de niveau de prix dans les pays dans lesquels la prestation est fournie »
- Gouvernement : requête en contrôle de constitutionnalité et de la conformité au droit supérieur auprès de la Cour constitutionnelle du TC/JU
- TC/JU : prononce la nullité des critères en cause
 - interprétation historique (art. 29 al. 1 / art. 63 al. 4 AIMP 2019) : en 2019, la plupart des cantons se sont prononcés défavorables à la reprise des deux critères en cause dans l'AIMP 2019 → exclusion (« expresse » [!] ; consid. 4.4) des critères par l'AIMP 2019

– la critique

- *n.b.* : matériellement, ces critères sont contraires au droit (international et constitutionnel ; cf. ég. art. 5 al. 1 LMI)
- l'arrêt repose sur une interprétation superficielle
 - texte de l'art. 29 al. 1 AIMP 2019 (« il peut notamment prendre en considération ») : liste exemplative et non exhaustive de critères *pouvant* être retenus ; aucune obligation de se limiter à cette liste (« notamment »)
 - il n'existe aucune décision ou déclaration des cantons négociant l'AIMP 2019 selon laquelle le concordat entendait *interdire* aux cantons les critères en cause ; la majorité des cantons ne voulait pas que ces critères figurent à l'AIMP 2019 (« ... ne reprendre que le critère ' plausibilité de l'offre ' et conserver en outre la formulation potestative de la disposition ... » ; Message type AIMP 2019, p. 69)

– la critique

- l'arrêt repose sur une interprétation superficielle
 - un critère d'adjudication cantonal constitue une « disposition d'exécution » par rapport à l'art. 29 al. 1 (ou al. 2) AIMP 2019, en principe permise (art. 63 al. 4 AIMP 2019) : l'art. 29 al. 1 AIMP 2019 ne limitant pas les critères à disposition, il habilite les législateurs cantonaux (et, pour le reste, les adjudicateurs) à prévoir d'autres critères (répondant aux exigences abstraites de l'art. 29 al. 1 et al. 2 et art. 41 AIMP 2019)
 - le Message-type explique par ailleurs que, par des « dispositions d'exécution » au sens de l'art. 63 al. 4 AIMP 2019, les cantons peuvent retoucher à certaines exceptions prévues à l'art. 10 AIMP 2019 : la notion de « dispositions d'exécution » semble particulièrement large

– *quid* dans les autres cantons ?

- GE / FR / VD : ne prévoient pas les critères en cause
- NE : nouvelle législation attaquée au TF (contrôle abstrait) en raison d'autres questions (salaires minimaux et location de services)
- VS : art. 9 al. 1 OcMP/VS (nouvelle) : « fiabilité du prix »
- cf. ég., p.ex., § 2 DöB/AG ; § 2 EGIVöB/LU ; § 3 SubG/SO

- visite des lieux obligatoire (services de sécurité)
 - un soumissionnaire (X) arrive avec 8 minutes de retard et rejoint le groupe de visite 17 minutes plus tard ; après une heure et demie, la visite se termine
 - l'adjudicateur renonce à l'exclusion et adjuge le marché au soumissionnaire X
 - recours du concurrent Y : il faut exclure X
 - conclusion de l'adjudicateur : admettre le recours (!)
 - recours rejeté par le TC/BS
 - recours du concurrent Y auprès du TF
 - recours rejeté par le TF

– la décision du TF

- le TC/BS n'était pas tenu d'admettre le recours en raison de la conclusion de l'adjudicateur allant dans ce sens
 - effet dévolutif du recours : l'adjudicateur ne peut disposer de l'affaire
 - (le droit administratif du canton de BS ne connaît pas d'analogue à l'art. 58 PA féd. [reconsidération dans le cadre de la réponse au recours])
- *in casu*, une exclusion du soumissionnaire en retard serait excessivement formaliste
 - à supposer que le retard créerait une latitude de jugement concernant l'exclusion, il conviendrait de constater que l'adjudicateur a fait usage de cette latitude en renonçant à l'exclusion du soumissionnaire