

Droit des marchés publics

Evelyne Clerc

Législation

Au niveau international

- Accord OMC sur les marchés publics du 15 avril 1994 (RS 0.632.231.422), modification adoptée le 30 mars 2012 – modification du texte de l'AMP adoptée par la Décision du Comité des marchés publics sur l'adoption du texte du « Protocole portant Amendement de l'Accord sur les marchés publics » (GPA/113 du 2 avril 2012) ; l'AMP révisé est ouvert à la ratification des parties

Marchés publics fédéraux

- Loi fédérale sur les marchés publics (LMP) du 16 décembre 1994 (RS 172.056.1), modification du 15 juin 2012 – modification de l'art. 6 al. 2 par l'Ordonnance du 15 juin 2012 portant adaptation de lois par suite de la réorganisation des départements (RO 2012 3655) ; entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013
- Ordonnance sur l'organisation des marchés publics de l'administration fédérale (Org-OMP) du 24 octobre 2012 (RS 172.056.15) – nouveau texte abrogeant et remplaçant l'Ordonnance du 22 novembre 2006 sur l'organisation des marchés publics de la Confédération ; entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013
- Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT) du 28 septembre 1956 (RS 221.215.311) :
 - modification du 15 juin 2012 – modification de l'art. 12 al. 4 par l'Ordonnance du 15 juin 2012 portant adaptation de lois par suite de la réorganisation des départements (RO 2012 3655) ; entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013
 - modification du 15 juin 2012 – modification de l'art. 1a, par la Loi fédérale du 15 juin 2012 portant modification des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes (RO 2012 6703) ; entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013
- Loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (Loi sur les travailleurs détachés, LDét) du 8 octobre 1999 (RS 823.20) :
 - modification du 15 juin 2012 – modification de l'art. 7a al. 3 par l'Ordonnance du 15 juin 2012 portant adaptation de lois par suite de la réorganisation des départements (RO 2012 3655) ; entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013

- modification du 15 juin 2012 – modification du titre et des art. 1, titre, al. 2 et 3, 1*a*, 1*b*, 2 al. 1 let. a, 3 1^{ère} phrase, 6 al. 1 let. a, 7 al. 2, 9 al. 2 et 3, 12. al. 1 let. c et d ; art. 14, par la Loi fédérale du 15 juin 2012 portant modification des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes (RO 2012 6703) ; entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013, respectivement le 1^{er} mai 2013 pour l'art. 6 al. 1 let. a
- modification du 14 décembre 2012 – modification des art. 1 al. 2 2^e phrase, 5 et 14*a* (RO 2013 2121) ; entrée en vigueur le 15 juillet 2013
- Ordonnance sur les travailleurs détachés en Suisse (Odét) du 21 mai 2003 (RS 823.201) :
 - modification du 16 avril 2013 – modification de l'art. 6 al. 4 let. a^{bis} (RO 2013 1259) ; entrée en vigueur le 15 mai 2013
 - modification du 26 juin 2013 – modification de l'art. 7 al. 3, du titre précédant l'art. 8*a*, des art. 8*a*, 8*b*, 8*c*, 8*d* (RO 2013 2123) ; entrée en vigueur le 15 juillet 2013
- Loi fédérale portant sur l'obligation des prestataires de services de déclarer leurs qualifications professionnelles dans le cadre des professions réglementées et sur la vérification de ces qualifications (LPPS) du 14 décembre 2012 (RS 935.01) ; entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2013
- Ordonnance sur l'obligation des prestataires de services de déclarer leurs qualifications professionnelles dans le cadre des professions réglementées et sur la vérification de ces qualifications (OPPS) du 26 juin 2013 (RS 935.011) ; entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2013

Doctrine

- Beyeler Martin, Mit dem Zweihänder wider Freihänder, DC 3/2012, 146
- Beyeler Martin, Vergaberecht und Strommarkt, DC 4/2012, 209
- Beyeler Martin, Wasserrechts- und Netzkonzessionen : keine Ausschreibungspflicht, DC 4/2012, 210
- Beyeler Martin, Abbruch und Widerruf, DC 4/2012, 260
- Beyeler Martin, Kaffee : Bio und Fair Trade, DC 4/2012, 262
- Beyeler Martin, Schwarzarbeit beim Subunternehmer : Busse für den Unternehmer, DC 1/2013, 25
- Clerc Evelyne, Article 5 LMI, in : Martenet Vincent, Bovet Christian, Tercier Pierre (édit.), Commentaire romand – Droit de la concurrence, Helbing & Lichtenhahn, 2^e éd., Genève/Bâle/Munich 2013

- Denzler Beat, R.I.P. ARGE : Gedanken zur laufenden Kartellrechtsrevision, DC 3/2013, 113
- Diebold Nicolas, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, SJZ 2013, 177-188
- Equey David, La responsabilité solidaire des entrepreneurs de la construction dans le cadre des détachements de travailleurs étrangers, Jusletter 15 juillet 2013
- Gachet Thierry, La révision de l'Accord OMC sur les marchés publics : révolution ou évolution ?, DC 3/2012, 148
- Galli Peter, Moser André, Lang Elisabeth, Steiner Marc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3^e éd., Zurich 2013
- Horemans Philippe, L'indemnisation en droit des marchés publics, Limal, Anthemis 2012
- Kettinger Daniel, Oesch Matthias, Adjudication de travaux de la mensuration officielle conforme aux règles de l'OMC, cadastre, avril 2013, 29 ss
- Locher Thomas, Wirkungen des Zuschlags auf den Vertrag im Vergaberecht : eine verwaltungsrechtliche Einordnung, Thèse, Berne 2013
- Poltier Etienne, Clerc Evelyne, Article 9 LMI, in : Martenet Vincent, Bovet Christian, Tercier Pierre (édit.), Commentaire romand – Droit de la concurrence, Helbing & Lichtenhahn, 2^e éd., Genève/Bâle/Munich 2013
- Poltier Etienne, Article 2 alinéa 7 LMI, in : Martenet Vincent, Bovet Christian, Tercier Pierre (édit.), Commentaire romand – Droit de la concurrence, Helbing & Lichtenhahn, 2^e éd., Genève/Bâle/Munich 2013
- Rechsteiner Peter, Öffentliches Auftragswesen (Rechtsentwicklungen EU und Kommentar), in : Kellerhals Andreas, Baumgartner Tobias (édit.), Wirtschaftsrecht Schweiz - EU : Überblick und Kommentar 2012/2013, Zurich, Dike-Verlag 2013, 197-205
- Rechsteiner Peter, Revision des EU-Vergaberechts – Ausgangspunkt und Stossrichtung, DC 3/2012, 152
- Rodondi Olivier, Avis de marchés publics : le rôle de simap.ch en droit cantonal, DC 4/2012, 205
- Steiner Marc, Is there a Swiss Approach towards Sustainable Public Procurement ?, EPPPL 1/2013, 73-78
- Stöckli Hubert, Bieri Rogerri, Neue Ausfallhaftung von Unternehmen – Teilrevision des Entsendegesetzes vom 14. Dezember 2012, Jusletter 24 juin 2013

- Wolf Robert, Der Rechtsschutz im öffentlichen Beschaffungswesen, in: Häner Isabelle, Waldmann Bernhard (édit.), Brennpunkte im Verwaltungsprozess, Zurich 2013, 159-188
- Zufferey Jean-Baptiste, Une condamnation pénale à l'étranger comme cause d'exclusion de la procédure, DC 4/2012, 258
- Zufferey Jean-Baptiste, Marchés « in-house » et « quasi in-house », DC 1/2013, 28

Jurisprudence

Tribunal fédéral

Qualité pour recourir pour arbitraire au TF

- TF [2D 49/2011](#) du 25 septembre 2012 (d) – Recours contre l'adjudication d'un marché public en procédure ouverte, en raison notamment de la condamnation pénale antérieure à l'étranger d'un membre du consortium adjudicataire.

Dans un recours constitutionnel subsidiaire, le grief de l'arbitraire (art. 9 Cst.) ne peut être invoqué que dans la mesure où la règle applicable confère un droit ou au moins vise la protection des intérêts juridiques du recourant. Tel est le cas du droit des marchés publics (LMI, AIMP), qui confère un droit à l'attribution du marché au soumissionnaire qui a déposé l'offre économiquement la plus avantageuse (consid. 1.3.1).

Causalité et intérêt juridiquement protégé

La recourante ne dispose d'un intérêt juridiquement protégé que si elle avait une chance réelle d'obtenir l'adjudication en cas de bien-fondé du recours, sans quoi l'illégalité de la décision attaquée n'est pas la cause du préjudice. En l'espèce, même si l'offre de la recourante était classée au dernier rang, la différence est faible en valeur relative et absolue avec l'offre de l'adjudicataire (1.6 points d'écart) (consid. 1.3.2).

Exclusion en raison d'une condamnation pénale antérieure

L'art. 22 let. 1 de la Loi grisonne sur les marchés publics (SubG/GR) prévoit l'exclusion d'une offre lorsque le soumissionnaire a fait l'objet d'une condamnation pénale en relation avec l'exécution d'autres marchés. En l'espèce, l'entreprise I., membre du consortium adjudicataire a fait l'objet d'une condamnation pénale définitive à l'étranger (Royaume Q.) dans les années 1990 pour corruption de fonctionnaires et elle figure sur la liste noire de la Banque mondiale et de la BERD, tandis que deux de ses dirigeants sont accusés de violation des droits fondamentaux et d'autres crimes dans la République R. L'art. 22 let. 1 SubG/GR exige uniquement une condamnation pénale définitive, et ne pose pas de condition de double incrimination. Au surplus, la corruption de fonctionnaires locaux tombait déjà sous le Code pénal suisse dans les années 1990, de sorte que les valeurs protégées par l'ordre juridique du Royaume Q. l'étaient également en Suisse dans les

années 1990. Il est sans pertinence que la corruption de fonctionnaires étrangers ne soit pénalement punissable en Suisse que depuis le 1er mai 2000. Enfin, un effet réflexe d'infractions pénales commises à l'étranger est déjà connu dans l'ordre juridique suisse. Le tribunal cantonal a écarté de manière insoutenable la condamnation pénale d'un membre du consortium adjudicataire (consid. 5.1-5.7).

Il faut encore examiner si l'exclusion du consortium adjudicataire, telle qu'elle résulte obligatoirement de la lettre et de l'esprit de l'art. 22 let. 1 SubG/GR, est conforme au principe de proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.). Il faut prendre en compte à ce titre les éléments temporels (date ou période de commission de l'infraction) et matériels (type d'infraction, hauteur de la sanction) de l'infraction. En l'espèce, l'autorité cantonale a conclu qu'une exclusion de l'adjudicataire serait disproportionnée sans procéder un examen des éléments précités et sans s'enquérir de l'état des poursuites pénales contre les deux dirigeants de l'entreprise, de sorte qu'elle a fait preuve d'arbitraire (consid. 5.8). Bien que le contrat ait déjà été conclu (le lendemain du prononcé du jugement cantonal), le TF n'est pas en mesure de procéder directement à une constatation d'illicéité, de sorte qu'il annule le jugement et renvoie l'affaire afin que le tribunal cantonal constate, sur la base d'une nouvelle appréciation, si l'adjudication a eu lieu de manière illicite (consid. 11).

*Méthode d'évaluation
des critères
d'adjudication*

Le pouvoir adjudicateur dispose d'un grand pouvoir d'appréciation dans la détermination des critères d'adjudication et dans leur appréciation. Il doit indiquer dans l'appel d'offres la pondération de ces critères, ou au moins leur ordre d'importance. Sous l'angle du droit constitutionnel, les sous-critères qui ne font que concrétiser des critères d'adjudication ne doivent pas impérativement être indiqués. Cela vaut *a fortiori* pour la méthode d'évaluation ou la formule mathématique utilisée pour évaluer ces sous-critères (consid. 7.4-7.5).

*Concession de
monopole*

- TF [2C. 167/2012](#) et [2C. 444/2012](#) du 1^{er} octobre 2012 (f) – Rejet par la Ville de Genève de l'offre déposée par une exploitante déjà installée depuis 17 ans, pour l'exploitation durant 5 ans d'un des 8 pavillons glaciers saisonniers sur la rade de Genève, au motif que la candidature de celle-ci ne respectait pas le cahier des charges en ne contenant ni lettre de motivation, ni description permettant de comprendre quels étaient les atouts de son exploitation. Recours en matière de droit public déposé par la « soumissionnaire » (pour application arbitraire du droit cantonal) et par la Ville de Genève

(pour violation de l'autonomie communale) contre l'annulation de la décision de la Ville par la Cour de justice du canton de Genève.

La Ville de Genève assume une tâche publique au sens de l'art. 35 al. 2 Cst. lorsqu'elle attribue l'usage accru du domaine public et met en location pendant la saison estivale un nombre déterminé de pavillons glaciers situés sur les quais, qui constituent un lieu de promenade particulièrement touristique et fréquenté. Elle l'admet d'ailleurs elle-même de façon implicite lorsqu'elle se prévaut de son autonomie communale. Bien que le bail afférent aux pavillons glaciers dont la Ville est propriétaire relève du droit privé, la location est doublée d'une permission d'usage accru du domaine public pour l'usage d'une terrasse sur le domaine public. Il s'agit non pas d'un patrimoine financier, mais d'un patrimoine administratif (biens des collectivités publiques directement affectés à la réalisation d'une tâche publique). Selon l'art. 35 al. 2 Cst., la Ville de Genève est liée par les droits fondamentaux et les principes généraux de droit public (*in casu* l'interdiction de l'arbitraire) lorsqu'elle choisit les titulaires des pavillons glaciers (consid. 4).

La procédure d'appel d'offres prévue à l'art. 2 al. 7 LMI semble ne pas avoir pour conséquence de subordonner l'octroi de concessions de monopole cantonal ou communal à l'ensemble de la réglementation applicable aux marchés publics. Ne sont visées par cette disposition que certaines garanties procédurales minimales, comme celles énoncées à l'art. 9 al. 1 et 2 LMI concernant les voies de droit. Peut demeurer ouverte la question de savoir si cette norme protégerait uniquement les offreurs externes au canton ou à la commune, à l'exclusion des offreurs locaux. A supposer qu'elle soit applicable en vertu de l'art. 2 al. 7 LMI, la réglementation en matière de marchés publics n'empêchait pas la Cour de justice genevoise de juger que la recourante avait bien déposé une lettre de motivation, dont la formulation certes lapidaire (poursuite de l'exploitation comme durant les 17 années précédentes) devait toutefois être examinée dans son contexte (compétence et expérience antérieure de la recourante bien connues de la ville ; concept d'exploitation aussi adéquat que celui des autres anciens exploitants candidats qui ont tous obtenu l'attribution d'un pavillon), de sorte que l'exclusion de l'offre de la recourante constituait un formalisme excessif. La cour de justice pouvait ainsi ordonner à la ville d'attribuer à la recourante le huitième pavillon glacier non encore loué, sans violer l'autonomie communale (consid. 5).

*Qualification de
marché public, de PPP
ou de concession*

• TF [2C_198/2012](#) du 16 octobre 2012 (d) – Recours en matière de droit public contre la décision du gouvernement cantonal de Bâle-Ville permettant la réalisation du projet de parking souterrain présenté par Y. SA, et écartant le projet de la recourante.

La notion de marchés publics se caractérise par le fait que la collectivité publique acquiert en tant que demandeur des produits ou services qui lui serviront à exécuter ses tâches publiques. La nature du contrat (de droit privé ou de droit administratif) conclu avec l'adjudicataire n'est pas déterminante et doit faire l'objet d'une analyse fonctionnelle, afin d'éviter que le droit des marchés publics ne soit contourné par le choix d'une construction juridique particulière. Il faut en tous cas que l'acte revête un caractère synallagmatique, soit au sens étroit lorsque l'Etat acquiert une prestation moyennant une contre-prestation en faveur de l'adjudicataire, soit au sens large lorsque les deux parties exercent en commun une activité dans laquelle chacune fournit certaines prestations et reçoit des contre-prestations (*public private partnership*). Ne constitue pas un marché public le simple fait que l'Etat autorise (unilatéralement) une entité privée à exercer une activité, car il exerce dans un tel cas une compétence réglementaire et n'acquiert aucune prestation. De même, l'octroi d'une concession d'usage privatif du domaine public n'est pas un marché public, car l'Etat n'acquiert rien, mais confère au contraire un droit à une entité privée et reçoit (en règle générale) une contre-prestation à ce titre. Il n'en va autrement que lorsque l'octroi de la concession s'accompagne de contre-prestations d'une certaine ampleur de la part du concessionnaire qui font normalement l'objet d'un marché public (consid. 5.1)

L'existence d'un marché public ou d'une concession de travaux suppose en tous cas que le pouvoir adjudicateur ne se limite pas à réguler une activité privée, mais qu'il délègue à son partenaire (concessionnaire) l'exécution d'une tâche publique qu'il appartiendrait autrement à l'Etat d'assurer. Tel n'est pas le cas lorsqu'un parking est construit sur l'initiative d'une entreprise privée. Le fait qu'une telle construction privée fasse l'objet d'autorisations relevant du droit des constructions et de l'aménagement n'en fait pas une tâche publique. Si, en revanche, l'Etat était lui-même le maître de l'ouvrage, la construction du parking serait assujettie aux règles sur les marchés publics. Conformément au principe de légalité (art. 5 al. 1 Cst.), une base légale serait toutefois nécessaire pour que l'Etat ait la faculté ou l'obligation de construire un parking. Tel n'étant pas le cas en l'espèce, la construction du parking est une tâche privée, et non publique (consid. 5.2.1-5.2.3).

Il ne s'agit pas d'un *public private partnership*, car le canton ne participe pas financièrement au parking et n'a pas non plus chargé les promoteurs de la construction et de l'exploitation du parking. Le projet de parking résulte d'une initiative privée, tandis que la participation du canton se limite – dans son rôle de régulateur – à créer les bases légales nécessaires à cette construction, en octroyant une concession d'usage privatif du domaine public ou un droit de superficie (moyennant le paiement d'une rente de superficie au canton) et en adoptant un plan d'affectation. Il ne s'agit pas en l'espèce d'un marché public, cette notion étant identique dans les accords internationaux, le droit intercantonal, le droit cantonal ou l'art. 5 LMI (consid. 5.2.4-5.2.5 et 5.3).

L'art. 2 al. 7 LMI impose un appel d'offres lorsque l'Etat prend lui-même l'initiative de concéder l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à une entreprise privée. Tel n'est pas le cas lorsque l'initiative de la construction d'un parking émane de promoteurs privés, et que le canton accepte ensuite d'octroyer à cette fin une concession d'usage privatif du domaine public (consid. 6.2). En l'espèce, la question de l'applicabilité de l'art. 2 al. 7 LMI (et de l'art. 9 LMI et 29 al. 1 Cst.) peut être laissée ouverte, faute de décision attaquable : le département des constructions de Bâle-Ville ne fait que proposer au Grand conseil l'adoption du plan d'affectation et l'octroi de la concession d'usage privatif liés au projet choisi, de sorte que le recours devrait être dirigé contre la décision que prendra le Grand conseil (consid. 6.3).

Notion de marché public ; passation par voie d'ordonnance

• TF [2C.333/2012](#) du 5 novembre 2012 (d) – Santésuisse et 81 assureurs-maladie considèrent que l'ordonnance du canton de Bâle-Ville prévoyant que l'évaluation des soins requis est effectuée selon la méthode RAI/RUG, viole l'art. 5 LMI. La notion de marchés publics n'implique pas nécessairement la conclusion d'un contrat de droit privé, mais doit être interprétée de manière fonctionnelle afin d'éviter que l'application du droit des marchés publics ne soit contournée par le choix d'une construction juridique particulière. Les articles 5 et 9 LMI ne peuvent pas être éludés en prévoyant dans une ordonnance cantonale l'acquisition d'un produit ou service. En revanche, il n'y a pas de passation d'un marché public lorsqu'une disposition (d'une ordonnance) se limite à fixer les exigences à remplir par un produit/service et que celui-ci est offert par plusieurs entreprises privées. En l'espèce, il est bien connu que plusieurs entreprises privées, et non une seule, offrent une évaluation des soins requis selon la méthode RAI/RUG, de sorte que l'ordonnance bâloise ne consiste pas dans l'attribution d'un marché public (consid. 6).

*Dialogue technique,
préimplication et
prévention*

- TF [2D 29/2012](#) du 21 novembre 2012 (d) – Recours contre l’adjudication en procédure ouverte d’un marché de travaux d’architecture pour une centrale hydroélectrique, en raison d’une pré-implication. R. était simultanément le président du conseil d’administration de l’entreprise (V. AG) ayant élaboré les documents d’appel d’offres pour l’entité adjudicatrice, ainsi que le membre du conseil d’administration de l’adjudicataire (X. AG) ; de plus, le père et le frère de R. étaient respectivement président et vice-président de l’adjudicataire. Même si les documents d’appel d’offres reposaient sur des conditions contractuelles standardisées (de sorte que les forces et faiblesses respectives des soumissionnaires étaient sans pertinence), et même si R. n’a pas participé à l’élaboration de l’offre de l’adjudicataire, une participation à l’appel d’offres est incompatible avec un rôle ultérieur de soumissionnaire. Il importe peu que V. AG ne soit pas intervenue dans le choix des critères d’adjudication et n’ait pas participé à l’évaluation des offres. L’égalité et la non-discrimination entre soumissionnaires exigent qu’un concurrent pré-impliqué, et dont le rôle dans la préparation de l’appel d’offres n’était pas que secondaire, soit exclu de la procédure de passation du marché ; une participation des deux côtés (pouvoir adjudicateur et soumissionnaire) est illicite (TF 2P.152/2002 et TF 2P.164/2004). Cela vaut même si le soumissionnaire n’était qu’un auxiliaire du pouvoir adjudicateur et dans l’hypothèse où, comme en l’espèce, des entreprises juridiquement distinctes, mais économiquement liées, sont impliquées. L’annulation de l’adjudication par le Tribunal administratif de Glaris ne porte atteinte ni au droit d’être entendu, ni à l’interdiction de l’arbitraire.

*Marché public de
location de services*

- TF [2C 710/2012](#) du 7 décembre 2012 (f) – Recours contre l’adjudication d’un marché de mise à disposition de ressources humaines pour des activités dans le domaine informatique, au motif que l’adjudicataire ne disposait pas de l’autorisation de bailleur de service au sens de l’art. 12 de la Loi fédérale sur le service de l’emploi et la location de services (LSE, RS 823.11). Dans la mesure où l’art. 22 al. 5 LSE sanctionne le défaut d’autorisation par la nullité du contrat de location de services, la Cour de justice genevoise a violé le droit d’être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) en renvoyant à la prise de position du pouvoir adjudicateur qui considérerait que le marché en cause n’était pas soumis à la LSE, sans motiver sa décision sur cette question complexe (TF 2A.425/2006 consid. 5), ni procéder à l’audition des témoins requise à juste titre par la recourante.

Exclusion d'une offre non conforme aux conditions de l'appel d'offres (prix globaux au lieu de prix unitaires)

• TF [2C_782/2012](#) du 10 janvier 2013 (d) – Le dépôt d'une offre dans laquelle les prix unitaires demandés ont été remplacés par des prix globaux pour plusieurs positions, alors même que l'appel d'offres interdisait les variantes sur les prix, justifie en principe une exclusion de l'offre, soit parce que des exigences de forme ont été violées, soit parce que les offres ne sont plus comparables. En revanche, une exclusion de l'offre est disproportionnée ou constitue un formalisme excessif si l'offre n'est pas conforme aux conditions de l'appel d'offres que sur des points secondaires et que le but poursuivi par des prescriptions formelles n'est pas sérieusement mis en cause (consid. 1.1.2 et 2.3). En l'espèce, l'indication de prix globaux au lieu de prix unitaires, pour des positions de l'offre qui ne sont pas secondaires, a rendu largement impossible toute comparaison avec les autres offres. On ne peut pas non plus exclure que le non respect des conditions de l'appel d'offres puisse résulter en un préjudice pour le pouvoir adjudicateur : le passage du prix unitaire au prix global modifie la répartition des risques, en ce sens qu'une réduction des quantités effectivement utilisées, et par conséquent des coûts, ne profiterait pas au pouvoir adjudicateur. La recourante ne saurait non plus objecter qu'il appartenait au pouvoir adjudicateur de définir avec suffisamment de précision les quantités nécessaires, car il est bien connu qu'une telle précision est difficile *ex ante* dans le cadre de marchés de travaux de génie civil. Le pouvoir adjudicateur a précisément créé des conditions loyales pour tous les soumissionnaires en exigeant que les offres soient calculées sur la base de prix unitaires (consid. 2).

Même si l'adjudicataire a pu compléter son offre en fournissant une référence pour la direction des offres, un tel complément n'est pas comparable à une recalculation de prix globaux non conformes aux conditions de l'appel d'offres en prix unitaires. En conséquence, le pouvoir adjudicateur n'a pas violé l'égalité de traitement en ne donnant pas à la recourante la possibilité de recalculer son offre (consid. 3).

Responsabilité de droit public du pouvoir adjudicateur en cas de violation de la LCD

• TF [4A_397/2012](#) du 11 janvier 2013 (d) – Recours en indemnité contre le canton de Vaud pour avoir violé les règles sur le droit d'auteur et la concurrence déloyale en utilisant sans autorisation les plans, calculs et analyses élaborés par X. dans le cadre d'une offre (déposée par le consortium Z.), afin de les intégrer dans l'offre de l'adjudicataire Q. La réalisation du tunnel d'autoroute attribuée à Q. aurait intégré des éléments de l'offre de X.

En faisant construire un tunnel autoroutier, le canton de Vaud remplit une tâche publique sur la base de la Constitution (art. 83) et de la Loi fédérale sur les routes nationales (LRN, RS 725.11) ; il n'exerce pas une activité commerciale. Le fait que le pouvoir adjudicateur, à l'issue de la procédure de passation d'un marché public, conclut un contrat de droit privé avec l'adjudicataire, n'implique pas une responsabilité de droit privé de la collectivité publique envers les soumissionnaires évincés, ni *a fortiori* envers un tiers seulement indirectement concerné (X. n'étant pas membre du consortium Z. pour lequel il avait uniquement élaboré l'offre). Même si le pouvoir adjudicateur est lié par les règles de la Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD, RS 241) lors de la passation d'un marché public, les prétentions (dommages-intérêts, enrichissement illégitime, gestion d'affaires sans mandat) découlant d'une action déloyale du canton dans le cadre de l'exécution de ses tâches publiques relèvent des règles de droit public sur la responsabilité. Les dispositions du droit des obligations (art. 41 ss, art. 423 CO), auxquelles renvoie l'art. 9 al. 3 LCD, s'appliquent à titre de droit cantonal supplétif dans le cadre d'une tâche publique effectuée par le canton. Le tribunal cantonal a dès lors appliqué à juste titre au litige la Loi cantonale vaudoise sur la responsabilité, et non les règles du droit privé fédéral (consid. 2).

*Pas de qualité pour
recourir du pouvoir
adjudicateur cantonal
dans le cadre du
recours constitutionnel
subsidaire*

- TF [2C. 37/2013](#) du 17 janvier 2013 (f) – A l'inverse d'un particulier, un canton ne peut pas demander des offres et adjudger un marché en toute liberté. Il doit appliquer les procédures légales relatives aux marchés publics et se soumettre à cet égard à un contrôle judiciaire. Il intervient dans la procédure judiciaire en matière de marchés publics en tant que détenteur de la puissance publique, et non comme un simple particulier. En conséquence, il n'a pas qualité pour recourir au TF par la voie du recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 LTF).

Critères d'aptitude

- TF [2C. 1101/2012](#) du 24 janvier 2013 (d) – Dans la formulation et l'application des critères d'aptitude, le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande marge d'appréciation, qui est toutefois limitée : il faut interpréter les critères d'aptitude conformément au principe de la bonne foi (art. 5 al. 3 et 9 Cst.) et au principe de la transparence applicable en droit des marchés publics (art. 1 al. 3 let. c AIMP), i.e. comme les soumissionnaires pouvaient et devaient comprendre de bonne foi ces critères. L'intention subjective du pouvoir adjudicateur n'est pas pertinente (consid. 2.4.1). Les critères d'aptitude ayant pour objectif d'examiner la capacité du soumissionnaire à exécuter correctement le marché, il est

soutenable de vérifier aussi leur respect par des sous-traitants, lorsque ceux-ci ne fournissent pas des prestations purement secondaires (consid. 2.4.4). En l'espèce, l'offre de la recourante indiquait que la direction des travaux ne serait pas assurée par elle-même, mais par un sous-traitant, de sorte qu'il se justifiait de vérifier si ce dernier respectait aussi le critère d'aptitude 1 intitulé « expérience de l'entreprise, incl. sous-traitant, dans la direction de projet et de travaux pour les routes nationales... ».

*Qualité pour recourir
au TF et causalité*

• TF [2C. 720/2012](#) du 1^{er} février 2013 (d) – Recours constitutionnel subsidiaire au motif que les portes de sécurité offertes par l'adjudicataire n'étaient pas conformes à une norme technique anti-feu européenne, et ne bénéficiaient pas d'une certification VKF (association des assurances incendie cantonale).

Dans un recours constitutionnel subsidiaire, le grief de l'arbitraire (art. 9 Cst.) ne peut être invoqué que dans la mesure où la règle applicable confère un droit ou au moins vise la protection des intérêts juridiques du recourant. Tel est le cas du droit des marchés publics (LMI, AIMP), qui confère un droit à l'attribution du marché au soumissionnaire qui a déposé l'offre économiquement la plus avantageuse (consid. 2.1). Il faut encore que le recourant ait eu une chance réelle d'obtenir l'adjudication en cas de bien-fondé du recours, sans quoi l'illicéité alléguée n'est pas la cause du préjudice. Si le contrat est déjà conclu avec l'adjudicataire, l'intérêt juridiquement protégé subsiste. En l'espèce, la recourante était classée au second rang, de sorte qu'elle aurait été en première position en cas d'exclusion de l'adjudicataire (consid. 2.1-2.2).

*Conformité de l'offre
aux conditions de
l'appel d'offres*

Même si les documents d'appel d'offres imposaient en l'espèce que les portes à installer respectent les normes anti-feu, et même si le droit cantonal (Bâle-Campagne) rend obligatoire par renvoi la certification privée VKF, ces documents d'appel d'offres n'exigeaient pas que la preuve formelle d'une certification VKF soit déjà disponible lors du dépôt de l'offre. La recourante ne démontre pas non plus que les portes offertes par l'adjudicataire ne seraient jamais en mesure de répondre aux normes anti-feu et aux conditions de la certification VKF précitées. En conséquence, le pouvoir adjudicateur pouvait considérer sans arbitraire qu'il était de la responsabilité de l'adjudicataire de garantir que les portes installées respectent les normes anti-feu, et que cette question relevait de l'exécution du contrat d'entreprise conclu dans l'intervalle avec l'adjudicataire (consid. 3.4).

- Responsabilité de droit public du pouvoir adjudicateur pour violation des droits de propriété intellectuelle d'un soumissionnaire évincé* • ATF 139 III 110 (TF [4A_443/2012](#)) du 5 février 2013 (d) – Recours contre la décision incidente du Tribunal fédéral des brevets se déclarant compétent pour connaître non seulement de l'action en cessation pour contrefaçon, mais aussi de l'action en responsabilité pour violation du brevet détenu par un soumissionnaire évincé (respectivement par un sous-traitant).
- En exploitant une infrastructure de communication acquise par le biais d'un marché public, et qui sert à la perception de la redevance sur le trafic des poids lourds, la Confédération remplit une tâche publique sur la base de la Constitution (art. 85) et de la Loi fédérale relative à une redevance sur le trafic des poids lourds (LRPL, RS 841.81); elle n'exerce pas une activité commerciale. L'infrastructure destinée à la perception de la redevance appartient au patrimoine administratif. Le fait que le pouvoir adjudicateur, à l'issue de la procédure de passation d'un marché public, conclut un contrat de droit privé avec l'adjudicataire, n'implique pas une responsabilité de droit privé de la collectivité publique envers les soumissionnaires évincés, ni *a fortiori* envers un tiers seulement indirectement concerné (sous-traitant). Certes, l'art. 73 al. 1 de la Loi sur les brevets (LBI, RS 232.14) prévoit que les prétentions en dommages-intérêts sont réparées selon les dispositions du CO. Toutefois, est uniquement pertinente la question de savoir si le comportement illicite de l'Etat prend part dans le cadre de l'exercice d'une tâche publique ou d'une activité économique. Même si l'Etat est aussi lié par les règles de la loi sur les brevets (consid. 2.3.1), les prétentions (dommages-intérêts, enrichissement illégitime) découlant d'une éventuelle violation du droit des brevets par la Confédération dans le cadre de l'exécution de ses tâches publiques relèvent des règles de droit public de la Loi sur la responsabilité (LRCF, RS 170.32), pour lesquelles le Tribunal fédéral des brevets n'est pas compétent (art. 10 LRCF) (consid. 2.2).
- En revanche, le Tribunal fédéral des brevets est compétent pour trancher sur une éventuelle violation par la collectivité publique du brevet du soumissionnaire/sous-traitant et sur l'action en cessation y relative (art. 72 et 66 LBI et art. 26 al. 1 let. a de la loi sur le Tribunal fédéral des brevets, LTBF, RS 173.41). Il en va de même pour les litiges concernant la question de savoir si la collectivité publique a le droit de se voir accorder une licence dans l'intérêt public (art. 40 LBI et art. 26 al. 1 let. a LTBF) (consid. 2.3).
- Frais de procédure en cas de conclusion du* • TF [2D_67/2012](#) du 18 février 2013 (d) – Rejet de l'effet suspensif par le tribunal cantonal le 15 novembre, communiqué à la recourante le 19 novembre, et suivi de la conclusion du contrat avec

*contrat avant droit
jugé par le TF*

l'adjudicataire le 20 novembre (sans en informer la recourante). Le recours constitutionnel subsidiaire adressé au TF le 25 novembre contre le refus d'octroi de l'effet suspensif est devenu sans objet, et en conséquence irrecevable. Toutefois, la chronologie particulière des faits justifie de mettre les frais de procédure à charge du pouvoir adjudicateur et de l'adjudicataire (consid. 2.2).

*Respect des critères
d'aptitude et
d'adjudication par le
sous-traitant*

- TF [2D_48/2012](#) du 22 février 2013 (f) – Recours constitutionnel subsidiaire contre l'adjudication, pour arbitraire.
Il n'est pas arbitraire d'exiger que le soumissionnaire remplisse lui-même les critères d'aptitude et d'adjudication, même si l'appel d'offres n'exclut pas le recours à des sous-traitants. Le pouvoir adjudicateur a la faculté d'évaluer le sous-traitant, lorsque les prestations de celui-ci sont importantes, et il peut exiger que le soumissionnaire et le sous-traitant remplissent cumulativement les critères demandés. L'idée est d'éviter que le soumissionnaire ne délègue un marché public à un sous-traitant qui ne remplirait pas les exigences, mais non d'obliger le pouvoir adjudicateur à tenir compte du fait que le sous-traitant est plus qualifié pour exécuter le marché que le soumissionnaire lui-même (consid. 4.4).

*Application des
conditions de l'art. 83
let. f LTF dans le cas
de concession*

- TF [2C_857/2012](#) du 5 mars 2013 (f) – Recours contre l'arrêt cantonal déclarant irrecevable pour cause de tardiveté le recours déposé par un soumissionnaire potentiel contre la prolongation pour 2 ans par l'Etat du Valais du contrat d'impression du Bulletin officiel et du refus corrélatif de lancer un appel d'offres selon le droit des marchés publics.
Le recours en matière de droit public pour violation de l'art. 2 al. 7 LMI est soumis aux conditions de l'art. 83 let. f LTF (valeur supérieure aux seuils et question juridique de principe), car l'art. 2 al. 7 LMI prévoit expressément l'application de la réglementation en matière de marchés publics (consid. 1.4).

*Délai de recours contre
une adjudication de gré
à gré, en l'absence
d'une décision formelle*

Selon le principe constitutionnel protégeant la bonne foi (art. 9 Cst.), le défaut d'indication ou l'indication inexacte ou incomplète d'une voie de droit ne doit en principe pas entraîner de préjudice pour les parties. L'art. 5 al. 3 i.f. Cst. impose toutefois au citoyen d'agir conformément à la bonne foi et de faire preuve de diligence, notamment en se renseignant sur les voies de recours auprès d'un avocat ou de l'autorité qui a statué, puis en agissant en temps utile sur la base des renseignements obtenus. Une plus grande sévérité est de mise à l'endroit d'un avocat que d'un simple particulier. En l'espèce, l'avocat des recourantes connaissait l'existence du contrat d'impression depuis 2 ans. En outre, un email du 14 janvier 2012

du pouvoir adjudicateur informait l'avocat du fait que le contrat avait été prolongé pour deux ans jusqu'en 2014 et que le mandat en question ne ferait pas l'objet d'un appel d'offres. Même si elles ne disposaient pas de tous les documents relatifs au contrat d'impression, les recourantes auraient pu et dû déposer recours à bref délai après la réception de cet email, en requérant la production des pièces utiles, et non pas adresser des courriers additionnels au pouvoir adjudicateur en mars et avril 2012 afin d'obtenir ces pièces, avant de déposer un recours le 23 avril 2012. De plus, le recours, complet et bien documenté, ne reposait pas sur plus de pièces que celles déjà disponibles le 20 janvier 2012 (consid. 3.2-3.3).

*Argumentation
juridique nouvelle dans
la réplique*

- TF [2C.984/2012](#) du 21 mars 2013 (d) – Lorsque la recourante découvre, après le dépôt du recours et grâce à son droit d'accès au dossier, que l'offre de l'adjudicataire a été déposée hors délai, elle peut compléter son argumentation juridique dans sa réplique. Ni l'objet du recours (l'adjudication du marché à un autre soumissionnaire), ni les conclusions du recours (annulation de l'adjudication) ne sont étendus. Une argumentation juridique nouvelle ne constitue pas une nouvelle conclusion et est admissible (consid. 2).

*Refus arbitraire d'effet
suspensif*

- TF [2C.203/2013](#) du 25 mars 2013 (f) – Recours constitutionnel subsidiaire contre le refus d'effet suspensif au recours contre l'exclusion d'une offre, au motif que l'attestation d'imposition à la source n'avait pas été produite.

L'arrêt cantonal refusant l'effet suspensif est arbitraire, (i) car l'octroi de l'effet suspensif n'était pas identique à un bien-fondé du recours, dès lors que l'adjudication n'avait pas encore eu lieu lors du dépôt du recours, (ii) car le pouvoir adjudicateur avait le loisir de n'adjuger que deux des trois marchés de déménagement aux deux soumissionnaires les mieux classés (appel d'offres portant sur 3 contrats distincts de 3 ans prolongeables pour 5 ans) en ne suspendant que l'adjudication du 3^e contrat, ce qui permettait de sauvegarder l'intérêt public à ce que les déménagements nécessaires soient opérés en temps utile, et (iii) car le Cour de justice genevoise n'expose pas en quoi le recours serait dépourvu de chance de succès, i.e en quoi l'absence de production non fautive d'une attestation fiscale devrait être sanctionnée par une exclusion de l'offre (consid. 6).

*Qualification du
contrat (droit privé ou
droit administratif)*

- TF [2C.795/2012](#) du 1^{er} mai 2013 (i) – Recours contre la décision du Conseil d'Etat du Tessin de résilier les contrats le liant avec A. SA pour la gestion des restaurants scolaires, au profit d'une

gestion intégralement publique. Application du droit privé des contrats (compétence du juge civil) ou du droit administratif (compétence du tribunal administratif cantonal) ?

Le canton n'a pas violé le principe de la légalité (art. 5 Cst.), car il dispose d'une base légale suffisante pour organiser l'instruction publique obligatoire, y compris les services de transport et ceux de restauration scolaire (consid. 3).

Les règles en matière de marchés publics visent à permettre l'acquisition de biens ou services par les pouvoirs publics aux conditions économiquement les plus avantageuses, ainsi qu'à garantir l'égalité de traitement entre les soumissionnaires et la transparence durant la procédure de passation. Même si le contrat qui suit l'adjudication du marché relève en règle générale du droit privé, il peut aussi s'agir d'un contrat de droit administratif (ATF 134 II 297, consid. 2.2). La qualification du contrat est déterminée selon les circonstances du cas d'espèce. Le contrat relève du droit privé lorsque le pouvoir adjudicateur se procure les produits ou services dont il a besoin pour effectuer ensuite lui-même une tâche publique. Il relève du droit administratif lorsqu'il porte directement sur l'exécution d'une tâche publique ou concerne un objet régi par le droit public. En l'espèce, l'enseignement est une tâche publique cantonale, dans l'organisation de laquelle le Canton dispose d'une grande marge d'appréciation, et dont fait partie la restauration scolaire. Cette tâche est régie par des règles de droit cantonal (planification des menus, prix, jours d'ouverture, interdiction de vendre de l'alcool et des cigarettes, ...) et doit en principe être assurée par la collectivité publique. En l'espèce, les éléments de droit public prévalent sur les aspects de droit privé présents dans le contrat en cause par le biais de certains renvois au CO. Il en découle que c'est à tort que le tribunal administratif cantonal a considéré que le litige relevait du juge civil (consid. 4.4).

*Renonciation expresse
à recourir*

• TF [2C_277/2013](#) du 7 mai 2013 (d) – Recours déposé contre une adjudication par un soumissionnaire évincé, classé en 2^e place, en dépit du courrier adressé au pouvoir adjudicateur, où il considérait irréaliste la différence de prix avec l'offre de l'adjudicataire, mais déclarait renoncer à recourir afin d'éviter un retard dans l'exécution du marché.

Une renonciation à recourir peut être faite valablement durant le délai de recours, si elle est formée librement, sans influence et en pleine connaissance de l'état de fait (consid 1.4). Le fait que la décision d'adjudication n'indique que les motifs essentiels sur lesquels elle repose n'est pas spécifique au droit des marchés publics. Dans une procédure de passation de marchés publics,

L'accès aux offres des autres soumissionnaires est limité, mais tel est en principe aussi le cas durant la procédure de recours. Cette circonstance n'a pas d'influence sur une connaissance suffisante de l'état de fait avant la renonciation à recourir (consid. 1.5). La décision d'adjudication est principalement destinée aux soumissionnaires évincés et son contenu est destiné à permettre un recours suffisamment informé (consid. 2.2).

Conflit d'intérêt du fonctionnaire chargé des adjudications

- TF [8C_913/2012](#) du 29 mai 2013 (d) – Recours contre le renvoi avec effet immédiat pour justes motifs d'un fonctionnaire chef de projet et chargé de la passation de marchés publics pour le canton de Zurich : le fonctionnaire avait adjudiqué plusieurs marchés (valeur totale 50'000.- CHF) à une entreprise privée, alors que celle-ci lui confiait parallèlement des mandats rémunérés (valeur totale 25'000.- CHF).

Le comportement du fonctionnaire était propre à remettre profondément en cause la confiance du public dans l'intégrité de la passation des marchés publics. Il s'agit d'une violation grave des devoirs de service selon le droit zurichois de la fonction publique, même si le supérieur du fonctionnaire renvoyé était au courant de l'activité privée accessoire de celui-ci et même si d'autres collègues du même office travaillaient aussi à titre privé pour la même entité. Il n'était en conséquence pas nécessaire d'entendre le supérieur et les collègues en qualité de témoins (art. 29 et 9 Cst.). Un fonctionnaire qui attribue des marchés publics pour l'Etat est soumis à des règles de comportement spécifiques, différentes de celles applicables à un employé occupé dans le secteur privé, de sorte qu'il n'y a pas de violation de l'égalité de traitement.

Variante sous la forme de prix global au lieu de prix unitaire

- TF [2D_2/2013](#) du 18 juin 2013 (d) - Une offre soumise avec un mode de rémunération différent (prix global au lieu de prix unitaires) peut, sans arbitraire, être considérée comme une variante. Tant la pratique du canton des Grisons (concerné en l'espèce), que celle du TF l'admet (consid. 3.4.1-3.4.2).

Fondation HLM en qualité de pouvoir adjudicateur

- TF [2D_64/2012](#) du 17 juillet 2013 (f) - Une fondation immobilière de droit public, qui a pour but principal la construction, l'acquisition et l'exploitation d'immeubles et de logements destinés aux personnes à revenus modestes, agit en tant que détentrice de la puissance publique lorsqu'elle adjudique un marché public. A l'inverse d'un particulier, elle ne peut pas demander des offres et adjudiquer des marchés en toute liberté, mais est obligée d'appliquer les

procédures de passation des marchés publics et de se soumettre à cet égard à un contrôle judiciaire (consid. 1.2). Elle n'a toutefois pas démontré que le droit cantonal applicable la protégerait dans son autonomie ou son existence, de sorte qu'elle n'a pas qualité pour recourir dans un recours constitutionnel subsidiaire pour atteinte à l'autonomie communale (art. 50 et 189 al. 1 let. e Cst.)

Prise en compte de critères relevant de l'aptitude au stade de l'adjudication (« Mehreignung »)

• TF [2C.91/2013](#) du 23 juillet 2013 (d) (publication ATF prévue) – Recours contre l'adjudication d'un marché en procédure ouverte pour la fourniture par étapes d'un système d'épuration des eaux usées.

Constitue une question juridique de principe la prise en compte d'une « meilleure aptitude » (« Mehreignung ») à la fois parmi les critères d'aptitude et d'adjudication. La jurisprudence de la Cour de justice de l'UE, qui interdit de prendre compte des éléments liés à la capacité technique du soumissionnaire aussi parmi les critères d'adjudication, ne convainc pas. Les critères d'aptitude et d'adjudication remplissent des fonctions différentes. Les critères d'aptitude doivent obligatoirement être remplis (réponse oui/non) sous peine d'élimination, si bien que le non-respect d'un critère d'aptitude ne peut pas être compensé par le fait qu'un autre critère d'aptitude serait très bien rempli. Il en va autrement pour les critères d'adjudication. Certes, il serait illicite d'adjuger le marché à une offre sans avoir préalablement examiné l'aptitude du soumissionnaire. Mais cela ne signifie pas qu'une prise en compte dans une seconde étape des mêmes critères d'aptitude serait exclue de l'évaluation des offres au regard des critères d'adjudication. Lorsque certains éléments d'aptitude peuvent être remplis de manière graduelle, il doit être possible de fixer un seuil minimal à atteindre au titre des critères d'aptitude, puis de prendre en compte une meilleure aptitude au-delà de ce minimum dans le cadre de l'adjudication. Tel est en particulier le cas pour les marchés où l'expérience du soumissionnaire joue un rôle, en ce sens que la qualité de l'offre ne peut pas être séparée de celle du soumissionnaire. Une prise en compte au titre de critère d'adjudication lié à la qualité de l'offre d'une meilleure aptitude ou expérience du soumissionnaire est en tous cas justifiée dans de tels cas (consid. 2.1-2.2). En l'espèce, le pouvoir adjudicateur pouvait ainsi inclure dans les critères d'aptitude l'exigence de disposer d'un nombre minimum d'ingénieurs ainsi que de présenter un nombre minimum de références, puis évaluer une seconde fois ces ingénieurs et références au stade des critères d'adjudication (consid. 2.5).

Prise en compte de références non soumises par le soumissionnaire et droit d'être entendu

• Constitue une question juridique de principe celle de savoir si un pouvoir adjudicateur peut fonder son adjudication aussi sur des renseignements relatifs à des références non soumises dans l'offre du soumissionnaire, mais obtenues directement par le pouvoir adjudicateur. En l'absence de règles spécifiques au droit des marchés publics, il faut appliquer les principes généraux. Dans la passation d'un marché public, comme dans n'importe quelle procédure administrative, l'autorité doit établir les faits d'office, sans être liée aux moyens de preuve soumis ou offerts par les parties. Selon le principe de la bonne foi (art. 9 Cst.), le pouvoir adjudicateur doit en premier lieu se fonder sur les moyens de preuve soumis par le soumissionnaire dans son offre, et il n'est pas obligé de compléter lui-même une offre incomplète. Il peut toutefois en second lieu compléter les renseignements fournis dans l'offre en se fondant sur ses propres connaissances déjà disponibles ou sur son expérience antérieure, ou en allant rechercher d'autres informations additionnelles afin de se faire une meilleure idée de l'aptitude du soumissionnaire et de la qualité de l'offre. Tel est en particulier le cas dans le cadre de marchés publics au niveau local ou dans le cadre d'un cercle professionnel déterminé, où chacun se connaît. Toutefois, le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.), qui s'applique aussi durant la passation d'un marché public, oblige le pouvoir adjudicateur à donner au soumissionnaire le droit de consulter les renseignements additionnels ainsi recueillis (sous réserve d'intérêts contraires prépondérants) et de se prononcer sur ces renseignements lorsque ceux-ci seront utilisés au désavantage du soumissionnaire. Il ne s'agit pas d'actes internes au pouvoir adjudicateur, mais de renseignements soumis par des tiers (consid. 3.1-3.3).

En l'espèce, le soumissionnaire évincé n'a pas pu se prononcer sur les renseignements négatifs que le pouvoir adjudicateur a obtenu directement concernant un projet qui ne figurait pas parmi les quatre références figurant dans l'offre du soumissionnaire, de sorte que son droit d'être entendu a été violé. Toutefois, cela ne conduit pas à constater l'illicéité de l'adjudication, car, même en restituant au recourant les points qui lui avaient été déduits au titre des mauvais renseignements obtenus sans respecter le droit d'être entendu, son offre resterait moins bien classée que celle de l'adjudicataire (consid. 3.5 et 4.2).

Commission de la concurrence (Comco)

- Cartel de soumissions* • Décision du 23 avril 2013 de la Comco (non encore publiée) sanctionnant des entreprises de construction dans le canton de Zurich, qui se sont concertées entre 2006 et 2009 sur le prix des offres pour une trentaine de soumissions et ont déterminé par avance qui obtiendrait l'adjudication. L'amende totale s'élève à environ un demi-million de francs, tandis qu'une entreprise a bénéficié d'une immunité totale sur la base du programme de clémence.