

Droit des marchés publics

Evelyne Clerc, Mari Viro Moser

Législation

Marchés publics fédéraux

- Loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1) :

Art. 2 al. 1 let. f LMP, introduit par la loi du 12.06.2009 sur les musées et les collections, en vigueur depuis le 01.01.2010 : assujettissement du Musée national suisse à la LMP

Projet de révision de l'art. 28 LMP relatif à l'effet suspensif du recours (Message du Conseil fédéral du 19 mai 2010, FF 2010 p. 3701) : l'alinéa 1 prévoit que le recours aura en principe effet suspensif automatique, conformément à l'art. 55 PA. Selon l'alinéa 2 : « Le recours n'a pas d'effet suspensif si l'intérêt du pays ou d'une grande partie de celui-ci exige la construction d'un ouvrage public ou l'exécution d'une tâche de la Confédération, notamment dans le domaine de la sécurité ou de l'armement, dans un délai qui ne permet pas, en raison de son caractère urgent, de différer la conclusion du contrat ou dont l'ajournement engendrerait des coûts supplémentaires disproportionnés ». Le Message du Conseil fédéral (p. 3713) expose la portée de l'alinéa 2 : « Si le recourant demande à l'autorité de recours de prononcer l'effet suspensif, le tribunal ne procède pas à une pesée des intérêts mais examine uniquement si les conditions de l'exception mentionnées à l'al. 2 sont remplies. Si elles sont remplies le tribunal rejette la demande d'octroi de l'effet suspensif. Autrement, il procède à une pesée des intérêts au cas par cas. Si les conditions de l'al. 2 sont remplies, le tribunal n'a pas le droit d'ordonner d'autres mesures préventives susceptibles de différer la conclusion du contrat ». La compatibilité de ce projet avec les accords internationaux en matière de marchés publics est justement critiquée

- Ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (OMP, RS 172.056.11) largement révisée par l'Ordonnance du 18.11.2009 (RO 2009 6149), entrée en vigueur le 1.1.2010. Voir le rapport explicatif du 1.1.2010, accessible sur <http://www.efd.admin.ch/00468/index.html?lang=fr&msg-id=30179>

La modification vise à moderniser et à assouplir des procédures de passation de marchés publics fédéraux. Elle doit permettre d'économiser du temps et de l'argent, mais également de clarifier les conditions cadres juridiques qui s'appliquent aux soumissionnaires et aux pouvoirs publics. Les modifications doivent également contribuer à soutenir les PME et à encourager

l'esprit d'innovation des entrepreneurs. Principales modifications et précisions (sélection non exhaustive) :

Art. 2c al. 1: Dans le cas des adjudications communes Confédération canton, le droit applicable se détermine en fonction de la participation financière la plus élevée par rapport à la valeur totale du marché

Art. 2d: si un tiers représentant un adjudicateur procède à une acquisition pour ce dernier, il est assujéti aux règles sur les marchés publics

Art. 7 al. 2: lorsqu'une prestation est exécutée à l'étranger, l'adjudicataire est tenu de respecter au moins les conditions de travail prévues par les conventions fondamentales de l'OIT mentionnées à l'annexe 2a de l'OMP

Art. 8 al. 1: l'ancien organe de publication, la FOSC, est remplacé par la plateforme électronique www.simap.ch

Art. 13 al. 1 let. 1: l'adjudication de gré à gré au lauréat peut, à certaines conditions, être étendue aux marchés subséquents de planification ou de coordination des prestations, (mais non à ceux de réalisation, comme les travaux de construction). Il s'agit d'une extension du cas antérieur de gré à gré, en ce sens que le lauréat peut non seulement être issu d'une procédure antérieure de concours, seul cas visé à l'art. XV par. 1 pt j AMP, mais aussi d'autres procédures antérieures de passation qui respectent les conditions énumérées à cette lettre (le rapport explicatif cite l'exemple du mandat d'études). La compatibilité de cette disposition avec l'AMP est discutable

Art. 15a: si les commandes portent sur des prestations dont le besoin est récurrent sur une longue durée, l'adjudicateur doit en principe limiter la durée du contrat à cinq ans (al. 1). Exceptionnellement, une durée plus longue ou une prolongation modérée peut être prévue dans des cas dûment motivés (al. 2)

Art. 16 al. 7: l'adjudicateur doit aussi indiquer dans l'appel d'offres qu'une procédure n'est pas soumise à l'AMP

Art. 16a al. 1: plutôt que de décrire précisément l'objet du marché, l'adjudicateur peut aussi recourir à un appel d'offres fonctionnel qui se limite à décrire le but du marché (al. 2). Les exigences impératives auxquelles l'objet du marché doit satisfaire doivent dans tous les cas être indiquées (al. 3). Cette disposition contribue à introduire en droit fédéral le dialogue compétitif (art. 26a), mais sans en encadrer les cas d'application de manière aussi précise qu'en droit européen

Art. 19a: cette nouvelle disposition reprend la possibilité de raccourcir les délais minimaux prévue par l'art. XI par. 3 AMP

Art. 20 al 1 : le dépôt d'offres par voie électronique est possible pour autant que l'appel d'offres le prévoit expressément

Art. 21a : un soumissionnaire pré-impliqué dans la préparation du marché est exclu lorsqu'il en a retiré un avantage vis-à-vis de ses concurrents qui ne peut être compensé et que l'exclusion ne compromet pas l'efficacité de la concurrence entre les soumissionnaires

Art. 22a : les variantes ne peuvent être limitées ou exclues qu'à titre exceptionnel. Selon le rapport explicatif, il s'agit d'une consigne administrative purement interne, non justiciable

Art. 25 : les conditions de rectification des offres sont précisées

Art. 26a : possibilité de recourir au dialogue compétitif, lorsque le marché porte sur des prestations complexes ou des prestations intellectuelles. Cette disposition nouvelle est inspirée des directives européennes, mais elle ne constitue pas une procédure de passation propre et elle est encadrée de manière moins stricte qu'en droit européen. Sa base légale dans l'art. 20 al. 2 LMP relatif à la négociation paraît fragile

Art. 27 : cette disposition précise les exigences relatives aux critères d'adjudication et en énumère de nouveaux. Enfin, lorsque deux soumissionnaires établis en Suisse présentent les deux meilleures offres et que celles-ci sont équivalentes, la condition relative à l'offre de places de formation peut servir à les départager (al. 3). En revanche, cette condition est inapplicable aux soumissionnaires établis dans un autre Etat qui ne connaît de système de formation en entreprises, sous peine de discrimination

Art. 29a : le délai de paiement est en général de 30 jours après réception des factures

Art. 32 : le Conseil fédéral a étendu le champ d'application du chapitre 3 de l'OMP (« Autres marchés ») à toutes les autorités et les unités administratives de la Confédération visées à l'art. 6 de l'Ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration

Art. 35 : dans une procédure sur invitation, l'adjudicateur doit au moins inviter un soumissionnaire d'une autre région, ce qui contribue à la lutte contre les cartels de soumissionnaires

Art. 36 al. 2 let. b et al. 3 : le seuil déterminant pour la procédure de gré à gré est relevé à CHF 150'000.- pour les services et les travaux. En cas de marché mixte incluant des produits et des services, c'est le seuil applicable aux produits (50'000) qui est déterminant

- Ordonnance sur l'organisation des marchés publics de la Confédération du 22 novembre 2006 (Org-OMP, RS 172.056.15), modifiée par l'Ordonnance du 18 novembre 2009, en vigueur

depuis le 1^{er} janvier 2010 : les modifications concernent l'art. 1 al. 2 relatif au champ d'application et l'art. 26 relatif à la conservation des documents

- Ordonnance du 15 février 2006 sur la Feuille officielle suisse de commerce (RS 221.415) : art. 2 let. g abrogé, car les publications ont désormais lieu par voie électronique sur www.simap.ch
- Ordonnance du DFE du 11 décembre 2009 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour le premier semestre de l'année 2010 (RS 172.056.12)
- Ordonnance du DFE du 11 juin 2010 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour le deuxième semestre de l'année 2010 et l'année 2011 (RS 172.056.12, RO 2010, 2647) : en vigueur dès le 01.07.2010
- Recommandations du 08.07.2010 en faveur d'achats durables au sein de la Confédération, par la Commission des achats de la Confédération (CA) : ces recommandations mettent en œuvre l'objectif formulé par le CF selon lequel les achats de fournitures, de services et de travaux doivent satisfaire à des exigences économiques, sociales et environnementales élevées. Les recommandations expliquent dans quelle mesure il est possible, lors d'une procédure de passation de marché public, de prendre en considération des critères écologiques et sociaux sans perdre de vue l'objectif d'économicité. Concernant les aspects sociaux, elles montrent en particulier comment vérifier le respect des huit conventions fondamentales de l'OIT mentionnées à l'art. 7 al. 2 OMP

Pour les informations au sujet des marchés publics de la Confédération et pour l'accès aux diverses conditions générales et recommandations de la CA, voir le site <http://www.bbl.admin.ch/bkb/index.html?lang=fr>

Marchés publics cantonaux et communaux

- Accord intercantonal sur les marchés publics du 15.11.1994, révisé le 15.3.2001 (AIMP)
Les valeurs seuils ont été adaptées au 01.07.2010 (voir la Communication de l'autorité intercantonale pour les marchés publics du 15 juin 2010 accessible notamment sur www.dtap.ch – thèmes – marchés publics

Autres

- Les appels d'offres de la Confédération, de 23 cantons et demi-cantons et de 6 grandes villes sont disponibles sur la plateforme électronique simap.ch, ce qui permet davantage de transparence et une réduction des coûts administratifs
- La Société suisse des ingénieurs et architectes (SIA) a adopté en 2009 un nouveau règlement des concours d'architecture et

d'ingénierie, SIA-142, qui remplace l'ancienne version datant de 1998. Elle a également adopté un nouveau règlement sur les mandats d'études parallèles, SIA-143

Doctrine

Suisse

- Balastèr Peter, De bonnes raisons d'ouvrir les marchés publics à la concurrence, *La vie économique* 3/2010, 4
- Bellanger François, Les jurisprudences récentes en droit des marchés publics, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), *Marchés publics 2010*, Zurich 2010, 403-420
- Beyeler Martin, Angebot oder Nichtangebot ? Anmerkungen zu BGr. 2D_64/2008 vom 05.11.2008, *recht* 27 (2009), 34-42
- Beyeler Martin, Die revidierte VöB – ein Kurzkommentar, *DC* 2/2010, 106-113
- Beyeler Martin, Freihändige Vertragsverlängerung zulässig ? Anmerkungen zum Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern vom 23. Juni 2009 (VGer LU V 09 114), *DC* 2/2010, 87-88
- Beyeler Martin, Gerichtliche Verurteilung zur Ausschreibung. Anmerkungen zum Urteil des Verwaltungsgerichts Waadt vom 06.11.2009 (VGer VD GE.2007.0013), *DC* 2/2010, 86-87.
- Beyeler Martin, Welches Schicksal dem vergaberechtswidrigen Vertrag ? : ein Vorschlag, der die Mitte sucht, *PJA* 2009, vol. 9, 1141-1162
- Beyeler Martin, In-house-Vergaben, Wer mit wem – wann und warum, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), *Marchés publics 2010*, Zurich 2010, 17-99
- Bigler Hans-Ulrich, Simplifier le droit des marchés publics, *La vie économique* 3/2010, 35
- Blank Susanne, Protéger les conditions de travail en maintenant le principe du lieu de prestation, *La vie économique* 3/2010, 36
- Bovay Benoît, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, Rappels, actualité, perspectives, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), *Marchés publics 2010*, Zurich 2010, 311-341
- Bovet Christian, Les marchés publics face au droit de la concurrence, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), *Marchés publics 2010*, Zurich 2010, 377-401.
- Dietrich Peter, Les expériences des fournisseurs de l'industrie des machines, des équipements électriques et des métaux avec les marchés publics, *La vie économique* 3/2010, 37
- Dubey Jacques, Appel d'offres fonctionnel portant sur des services. Commentaire de l'arrêt du Tribunal cantonal vaudois du 30 octobre 2009 (TC VD CDAP MPU.2008.0002), *DC* 2/2010, 85

- Dubey Jacques, Le nouveau règlement des mandats d'étude parallèles d'architecture et d'ingénierie SIA-143/2009 : une forme de mise en concurrence entre concours et dialogue, DC 4/2009, 140-145
- Dubey Jacques, Les nouveaux règlements SIA-142 et 143 édition 2009 – Une parade et une offensive, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), Marchés publics 2010, Zurich 2010, 169-208
- Felder Stefan, Podgorski Christian, La libéralisation des marchés publics en Suisse et ses répercussions sur le secteur de la construction, La vie économique 3/2010, 10-13
- Fetz Marco, La révision de l'ordonnance sur les marchés publics, La vie économique 3/2010, 24-27
- Fetz Marco, Die funktionale Ausschreibung – Aktivierung des Bieter-Knowhows, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), Marchés publics 2010, Zurich 2010, 101-126
- Frésard Jean-Maurice, Métral Jean, Le détachement de travailleurs salariés en matière de sécurité sociale, in : Riemer-Kafka Gabriela, Rumo-Jungo Alexandra (édit.), Soziale Sicherheit, Soziale Unsicherheit - Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Berne 2010, 163 ss
- Galli Peter, Kein Verzicht auf aufschiebende Wirkung – Staatsvertragsrechtlich problematische Neuordnung bei Submissionen, NZZ 6.8.2010, 10
- Galli Peter, Der Rechtsschutz in Vergabesachen auf dem Prüfstand, Kritisches zur restriktiven Praxis des Bundesgerichts und zur Revision auf Bundesebene, DC 4/2009, 201-204
- Ganz George, Evolution parallèle et harmonisation du droit des marchés publics, La vie économique 3/2010, 34
- Gauch Peter, Von den Submissionsangeboten, die angeblich keine Vertragsofferten sind : einige Bemerkungen zu BGE 134 II 297 E.4.2, DC 2/2009, 52-54
- Gebert Manuela, Stolpersteine im Beschaffungsablauf, Erkennen und Vermeiden, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), Marchés publics 2010, Zurich 2010, 343-375
- Heitz Christoph, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen – Eine Untersuchung der Möglichkeiten zur Bekämpfung von Submissionsabsprachen unter besonderer Berücksichtigung des Art. 146 StGB, thèse, Zurich 2008
- Jäger Christoph, Die Vorbefassung des Anbieters im öffentlichen Beschaffungsrecht, thèse, Zurich 2009
- Leduc Patrick, La révision de l'Accord de l'OMC sur les marchés publics vue par la Suisse, La vie économique 3/2010, 19-22

- Leuthold Alexis, Angebotsänderungen im laufenden Vergabeverfahren : praxisnaher Kompromiss statt rigider Formstrenge, DC 3/2009, 108-113
- Leuthold Alexis, Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren : privatrechtliche und vergaberechtliche Aspekte, thèse, Zurich 2009
- Leuthold Alexis, Verhandlungen und der neue « Dialog », Spielräume bei Bund und den Kantonen, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), *Marchés publics 2010*, Zurich 2010, 277-310
- Lienhard Andreas, PPP-Was fehlt zum Durchbuch ?, Zurich 2010
- Niggli Nicholas, Enjeux et implications systémiques de la révision de l'AMP de 1994 : vers un nouveau changement de paradigme ?, *La vie économique* 3/2010, 15-18
- Poledna Tomas, Do Canto Philipp, Gesundheitswesen und Vergaberecht – von der öffentlichen Aufgabe zum öffentlichen Auftrag, in : Poledna Thomas, Jacobs Reto (édit.), *Gesundheitsrecht im wettbewerblichen Umfeld*, Zurich, 2010, 71-110
- Oesch Matthias, Evolution du droit des marchés publics en Suisse, *La vie économique* 3/2010, 5-9
- Schneider Heusi Claudia, Die SIA-Ordnung 142/2009 für Architektur und Ingenieurwettbewerbe, DC 1/2010, 4-9
- Schneider Heusi Claudia, Scherler Stefan, Wettbewerbe und Studienaufträge – Die neuen Regeln, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), *Marchés publics 2010*, Zurich 2010, 209-246
- Schnell Christina, Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Schweiz. Ausgewählte rechtliche Aspekte zum Personenfreizügigkeitsabkommen, thèse, Zurich 2010, Schulthess
- Steiner Marc, Die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der öffentlichen Beschaffung, vergaberechtliches Arbeitspapier, novembre 2009, disponible sur <http://www.ciem.ch/pdf/SozialpapierMarcSteiner.pdf>
- Steiner Marc, Nachhaltige Beschaffung und Vergaberecht : Wie positioniert sich die öffentliche Hand ?, *Beschaffungsmanagement/Revue de l'acheteur* 8/2009, 12-15
- Steiner Marc, Ausschluss eines Anbieters von der Teilnahme am Vergabeverfahren : numerus clausus der in den Vergaberichtlinien angeführten Gründe ?, *European law reporter* 2009 no 7/8, 264-269
- Steiner Marc, Die Berücksichtigung der Mehreignung aus beschaffungsrechtlicher Sicht : ein Beitrag aus der Schweiz, *European law reporter* 2010 no 5, 189-193

- Steiner Marc, Der Rechtsschutz im öffentlichen Beschaffungswesen – Ein Baustellenbericht kurz vor dem Durchbruch am falschen Ort, SGVW-Focus, 27.07.2010, disponible sur http://www.sgvw.ch/d/fokus/Seiten/100727_lexleuenberger_st_einer.aspx
- Suter Stefan, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, thèse, Bâle 2010, Helbing & Lichtenhahn
- Tanner Markus, Des marchés publics davantage transparents et efficaces grâce à simap.ch, La vie économique 3/2010, 32-33
- Wolf Robert, Freihändige Beschaffung – Handlungsfreiheiten und ihre Grenzen, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), Marchés publics 2010, Zurich 2010, 127-167
- Zufferey Jean-Baptiste, Adjudication de gré à gré pour cause d'urgence – Commentaire de l'arrêt du Tribunal administratif genevois du 28 juillet 2009 (ATA/358/2009), DC 2/2010, 89-90
- Zufferey Jean-Baptiste, Les grandes nouveautés en droit des marchés publics – De lege lata et ferenda, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), Marchés publics 2010, Zurich 2010, 1-16
- Zufferey Jean-Baptiste, Le droit des « PPP » : état des lieux, Contrats et marchés, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), Marchés publics 2010, Zurich 2010, 247-275
- Zufferey Jean-Baptiste, Esseiva Denis, L'arbitrage et la médiation dans les procédures de marchés publics et privés : à l'occasion de l'adoption des nouveaux Règlements SIA 142 (concours) et 143 (mandats d'étude parallèles), DC 2/2009, 44-50
- Zufferey Jean-Baptiste, Romy Isabelle, La construction et son environnement en droit public – éléments choisis pour les architectes, les ingénieurs et les experts de l'immobilier, Genève 2010
- Zwald Thomas, Les attributions de concessions par voie d'appel d'offres, La vie économique 3/2010, 28-31

Europe
(petite sélection)

- Arrowsmith Sue, Kunzlik Peter, Social and Environmental Policies in EC Procurement Law : New Directives And New Directions, Cambridge University Press 2009
- Koninck Constant de, Flamey Peter, European Public Procurement Law Part II – Remedies, Kluwer Law International 2009
- Koninck Constant de, Ronse Thierry, Droit européen des marchés publics, Bruylant 2009

- Flamme Philippe, Flamme Maurice-André, Dardenne Claude, Les marchés publics européens et belges, 2e éd., Larcier, Bruxelles 2009
- Richer Laurent, L'Europe des marchés publics : marchés publics et concessions en droit communautaire, L.G.D.J, Paris, 2009

Jurisprudence

Tribunal fédéral (TF)

Exclusion d'une offre incomplète

Négociations

Contrat conclu durant la période de standstill

Absence d'intérêt digne de protection à recourir contre le refus d'effet suspensif, lorsque le contrat est déjà conclu

- 2D_34/2009, arrêt du 10 août 2009, IIe Cour de droit public : marché de travaux de remplacement des portes extérieures d'un centre d'entretien de l'autoroute en Valais. Recours constitutionnel subsidiaire pour arbitraire. Rejeté.
 - Consid. 4.2 : pas d'arbitraire dans l'exclusion d'une offre incomplète, au motif qu'elle ne contenait pas les données techniques relatives à l'isolation thermique des portes, requises dans l'appel d'offre. Si le soumissionnaire avait des doutes sur certaines exigences de l'appel d'offres, il aurait dû demander des renseignements complémentaires à l'autorité adjudicatrice.
 - Consid. 4.3 : les contacts entre le pouvoir adjudicateur et un fournisseur de l'adjudicataire au sujet d'un aspect purement technique ne constituent pas des négociations au sens de l'ordonnance cantonale sur les marchés publics, qui prohibe les négociations sur les prix, les remises de prix ou les modifications de prestations.
 - Consid. 4.3.3 : le contrat conclu avant l'échéance du délai de recours contre la décision d'adjudication, en violation de l'ordonnance cantonale sur les marchés publics, n'entraîne pas la nullité du contrat, mais seulement la constatation d'illicéité de la décision d'adjudication dans l'hypothèse, non réalisée en l'espèce, où l'exclusion de la recourante aurait été injustifiée.
- 2C_487/2009, arrêt du 18 septembre 2009, IIe Cour de droit public : adjudication, le 31.03.2009, du marché de service portant sur le déchargement, le remorquage et l'évacuation des véhicules semi lourds, des autobus, des caravanes et des transports exceptionnels dans la galerie routière du Saint-Gothard à la société Mondial Assistance. Décision incidente du 29.06.2009 du TAF refusant l'effet suspensif au recours contre la décision d'adjudication. Recours en matière de droit public formé devant le TF le 31.07.2009 contre la décision incidente du TAF. Irrecevabilité du recours, car le recourant ne dispose plus d'un intérêt actuel et pratique à l'annulation de la décision incidente attaquée, le contrat ayant été conclu entre temps, le 24 juillet 2009.

- Inapplication du principe de double instance

 - 2C_225/2009, arrêt du 16 octobre 2009, IIe Cour de droit public : marché portant sur l'organisation de cours de formation pour les chômeurs.
- Consid. 1.3. : recours en matière de droit public irrecevable, faute de question juridique de principe. Le principe de la double instance de recours constitue uniquement une règle de droit cantonal et n'est pas exigé dans le cadre du recours en matière de droit public. L'article 86 LTF n'exige pas que l'instance cantonale précédant le TF ait statué comme autorité de recours. De plus, l'intérêt à une appréciation rapide et définitive des recours en matière de marchés publics prime sur le besoin individuel à une protection juridictionnelle la plus complète possible.

- Interprétation des critères d'adjudication

 - Consid. 3 et 4 : recours constitutionnel subsidiaire rejeté. Le fait que l'adjudicataire a prévu de charger des stagiaires de la co-responsabilité (*Co-Leitung*) des cours de formation, ce qui lui procure un avantage salarial qu'il a pu répercuter sur le prix plus avantageux de son offre, ne viole pas les conditions posées par le cahier des charges. Les exigences qualitatives de compétences posées par ce dernier ne concernaient expressément que la direction du cours (*Kursleitung*), de sorte que le pouvoir adjudicateur a pu – sans arbitraire, ni violation de l'égalité de traitement – admettre que des stagiaires soient chargés de la co-responsabilité des cours. Si le recourant estimait que le cahier des charges était lacunaire sur ce point, il aurait dû former recours immédiatement contre l'appel d'offres, dans le délai prévu par l'AIMP.

- Offre anormalement basse

 - 2D_44/2009, arrêt du 30 novembre 2009, IIe Cour de droit public : installation électriques d'une station d'épuration. Recours constitutionnel subsidiaire rejeté.
- Consid. 3.1 à 4 : rappel de jurisprudence : une offre particulièrement favorable, même inférieure au prix de revient, ne doit pas être exclue si les renseignements fournis par le soumissionnaire permettent de conclure qu'il respecte les conditions de participation et qu'il est capable d'exécuter à satisfaction le marché. En l'occurrence, l'offre de l'adjudicataire n'a pas été calculée sur la base du modèle de calcul de l'Union suisse des installateurs électriciens (CAN), mais sur la base de la propre base de données développée par l'adjudicataire. L'offre retenue était suffisamment claire et complète quant aux coûts de chaque prestation, au temps d'installation nécessaire et à la marge bénéficiaire de l'adjudicataire. De plus, l'adjudicataire a soumis un engagement de respecter les conditions de travail ; le fait que l'adjudicataire est soumis à une CCT différente de celle des installateurs-électriciens valaisans ne signifie pas que ses conditions

- Respect des conditions de travail

de rémunération s'écartent des minima prévus dans le canton du Valais. Au surplus, la législation valaisanne prévoit des contrôles du respect des engagements souscrits, après l'adjudication du marché (3.2.2).

- Effet suspensif :
condition du
« recours
suffisamment
fondé »
- 2C_755/2009, arrêt du 19 janvier 2010, IIe Cour de droit public : recours en matière de droit public irrecevable. Recours constitutionnel subsidiaire rejeté. Il n'est pas arbitraire d'exiger, dans le cadre de l'octroi d'effet suspensif, que le recours ait de bonnes chances de succès sur le fond, bien que l'article 17 al. 2 AIMP prévoit simplement que le recours doit paraître suffisamment fondé.
- Respect du délai de
dépôt des offres
- 2D_50/2009, arrêt du 25 février 2010, IIe Cour de droit public : recours constitutionnel subsidiaire pour arbitraire rejeté. Respect du délai de dépôt des offres. L'appel d'offre prévoyait que « les offres doivent parvenir au plus tard le mercredi, 25 février 2009 à 10h00 auprès de A », tandis que le cahier des charges indiquait que « le cachet postal fait foi pour le respect du délai de dépôt des offres ». L'offre de l'adjudicataire, qui avait été envoyée par courrier A le 24 février 2009, a été reçue par A le 25 février 2009 à 11h15. L'ouverture des offres avait lieu à le 25 février 2009 à 10h30.
 - Consid. 2.4-2.5 : le Tribunal administratif cantonal n'est pas tombé dans l'arbitraire en considérant l'offre comme valable au motif que l'appel d'offres et le cahier des charges étaient rédigés de manière contradictoire en ce qui concerne la référence au cachet postal. L'envoi par courrier recommandé n'était pas exigé. Dans ces circonstances, le soumissionnaire pouvait s'attendre à ce que son offre arrive à destination à temps ; l'exclusion d'une telle offre aurait pu être annulée pour formalisme excessif. Même si le non-respect des règles formelles relatives au respect du délai conduit en général à l'exclusion de l'offre, le caractère contradictoire des informations figurant dans l'appel d'offres et le cahier des charges justifiait l'admission de l'offre. De même, la disposition exigeant l'apposition d'une note sur l'enveloppe indiquant qu'il s'agit d'une offre est une règle formelle visant à prévenir l'ouverture prématurée des offres. En l'espèce, le risque d'ouverture prématurée était toutefois inexistant puisque l'offre litigieuse est arrivée au destinataire seulement après l'ouverture publique des autres offres. Il n'y avait pas non plus de risque de manipulation de l'offre en fonction des autres offres, puisqu'elle était en mains de la Poste au moment de l'ouverture des offres.

- 2C_671/2009, arrêt du 1^{er} mars 2010, IIe Cour de droit public : recours constitutionnel subsidiaire irrecevable pour non-respect du principe d'allégation. Non pertinent
 - 2D_79/2009, arrêt du 12 mars 2010, IIe Cour de droit public. recours constitutionnel subsidiaire devenu sans objet en tant qu'il vise le refus de restitution de l'effet suspensif (contrat déjà conclu) et irrecevable en tant qu'il conclut à la nullité du contrat (art. 9 al. 3 LMD).
- Exclusion d'une offre incomplète en raison de l'absence d'une attestation ; Formalisme excessif
- 2C_197/2010 et 2C_198/2010, arrêt du 30 avril 2010, IIe Cour de droit public : marché de services d'architecte et d'ingénieurs pour l'agrandissement et la réhabilitation d'une école. Décision d'exclusion d'un pool de soumissionnaires, au motif qu'une attestation de paiement des cotisations LPP n'a pas été fournie par chaque société membre du pool. Recours en matière de droit public irrecevable, faute de question juridique de principe. Recours constitutionnel subsidiaire pour formalisme excessif rejeté.
 - Consid. 6.1 à 6.3 : le but et la nature de la procédure des marchés publics impliquent que la violation, par un soumissionnaire, de certaines règles de forme puisse entraîner son exclusion du marché. Toutefois, la jurisprudence admet, conformément à l'interdiction du formalisme excessif, que dans les cas de peu de gravité ou lorsque l'objectif visé par la prescription formelle violée n'est pas sérieusement compromis, il faut renoncer à l'exclusion (voir notamment l'arrêt 2D_50/2009 du 25 février 2010, consid. 2.4). Néanmoins, on admet que l'interdiction du formalisme excessif ne peut porter atteinte au principe d'intangibilité des offres, qui impose d'apprécier celles-ci sur la seule base du dossier remis, ou d'égalité de traitement entre soumissionnaires. Selon la doctrine et la pratique suivies par le TF lors de son examen des solutions cantonales (qui ne sont pas uniformes), l'exclusion ne devrait donc intervenir que si le manquement apparaît grave ou qu'il ne respecte pas les conditions essentielles fixées dans l'avis d'appel d'offres ou la documentation y relative. Hormis le canton de Genève, qui a développé sur ce point une jurisprudence particulièrement sévère en excluant d'emblée les offres incomplètes ou contenant des attestations périmées, la tendance actuelle dans les autres cantons semble plutôt de fixer aux soumissionnaires un délai supplémentaire pour produire ou corriger les attestations défectueuses.
 - Consid. 6.4 et 6.5 : l'adjudicateur a un grand pouvoir d'appréciation dans l'évaluation et la comparaison des offres qui lui sont soumises ; le Tribunal fédéral ne sanctionne en principe que l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation (ATF 125 II 86 consid. 6, 98 s.). Toutefois, ceci ne vaut pas lors du contrôle de

l'application des règles de procédure en matière de marchés publics, qui se prêtent mieux à un examen judiciaire ; il suffit dans ce dernier cas que le TF fasse preuve de la même retenue que lorsqu'il tranche des questions de pure appréciation ou doit tenir compte de circonstances locales dans d'autres domaines du droit (ATF 135 I 246 consid. 3.2 in fine, 176 consid. 6.1, 181; 129 I 337 consid. 4.1, 344). En l'espèce, l'interprétation stricte du droit cantonal par le Tribunal administratif n'est pas constitutive d'un formalisme excessif prohibé à l'art. 29 al. 1 Cst., car les conditions du marché indiquaient clairement que les offres lacunaires seraient exclues sans autre avis et, en particulier, sans la possibilité d'être complétées. De plus, l'absence d'attestations du paiement des cotisations LPP empêchait l'adjudicateur de se prononcer sur une condition d'aptitude essentielle prévue par la loi cantonale genevoise et rappelée expressément dans l'appel d'offres.

- 2C_706/2009, arrêt du 4 mai 2010, IIe Cour de droit public. Recours contre l'adjudication d'un marché de fournitures d'un système de radiologie digitale. Recours en matière de droit public irrecevable, faute de question juridique de principe. Recours constitutionnel subsidiaire irrecevable pour non-respect du principe d'allégation. Non pertinent.
- 2D_20/2010, arrêt du 20 mai 2010, IIe Cour de droit public. Deux marchés distincts relatifs à l'assainissement d'un passage à niveau et au renouvellement de 30 autres passages à niveau. Refus d'effet suspensif au recours contre l'adjudication du marché d'assainissement. Recours constitutionnel subsidiaire contre le refus d'effet suspensif rejeté, faute d'arbitraire dans l'appréciation d'un intérêt public prépondérant à l'exécution rapide du marché, pour des raisons de sécurité du transport ferroviaire. Chances du recours au fond ni clairement positives, ni clairement négatives. Non pertinent.
- 2C_317/2010, Ordonnance du 10 juin 2010, IIe Cour de droit public. Recours devenu sans objet en raison du retrait de l'effet suspensif.
- 2C_339/2010 et 2C_434/2010, arrêt du 11 juin 2010, IIe Cour de droit public. Marché de services informatiques divisé en deux projets partiels (NEST/ISE et Abacus) dans le cadre de la restructuration des communes de Glaris. Contrat conclu pendant le délai de recours contre la décision d'adjudication du premier projet partiel NEST/ISE. Recours en matière de droit public au

Sort du contrat conclu durant la période de standstill est question juridique de principe

TF contre deux décisions cantonales incidentes refusant l'effet suspensif. Rejeté.

- Consid. 2.3.4 : la question controversée en doctrine du sort du contrat conclu durant la période de *standstill* et en violation des règles relatives à la protection juridictionnelle en matière de marchés publics, comme celle de savoir si le juge saisi d'un recours contre l'adjudication peut se prononcer sur le sort dudit contrat, constitue une question juridique de principe sur laquelle le TF ne s'est pas encore penché (voir 2C_559/2008, 2C-144/2009).
 - Consid. 3 : en l'espèce, il n'y a pas d'arbitraire à faire prévaloir une certaine urgence et l'intérêt public à la mise en place du nouveau système informatique dont les 3 communes de Glaris, nouvellement créées au 01.01.2011, ont besoin pour fonctionner. Le juge cantonal a renvoyé au jugement sur le fond la question du sort du contrat conclu.
 - 2C_338/2010 et 2C_433/2010, arrêt du 11 juin 2010, IIe Cour de droit public : arrêt identique à celui rendu dans 2C_339/2010 et 2C_434/2010.
 - 2C_337/2010, arrêt du 26 juillet 2010, IIe Cour de droit public. Marché de travaux de rénovation dont les conditions précisent que les communautés de soumissionnaires ne sont pas admises ; recours contre l'adjudication déposé par l'une des deux sociétés associées dans un consortium soumissionnaire. Recours cantonal irrecevable. Recours en matière de droit public irrecevable, faute de question juridique de principe. Recours constitutionnel subsidiaire rejeté : l'exigence que les membres d'un consortium agissent ensemble en justice, sous réserve de pouvoirs de représentation, n'est pas arbitraire (consid. 5.2).
- Qualité pour recourir des membres d'un consortium
- Tribunal administratif fédéral (TAF)
- Les arrêts suivants, résumés dans la fiche 2009, ont été publiés : B-6177/2008, arrêt du 13 février 2009, ATAF 2009/17 ; B-2778/2008 du 20 mai 2009, ATAF 2009/18 ; B-3402/2009 du 2 juillet 2009, ATAF 2009/19.
- Qualité pour recourir d'un consortium ou de certains de ses membres
- B-2561/2009, décision incidente du 15 juin 2009, Cour II. Décision de non-qualification à l'issue de la première phase d'une procédure sélective d'un marché de travaux. Qualité pour recourir du consortium, respectivement de certains de ses membres.
 - Consid. 2.3 : confirmation de la jurisprudence publiée à l'ATAF 2008/7 relative à l'absence de qualité pour recourir du consortium dont l'un des membres refuse de se constituer comme recourant.
 - Consid. 2.4 : absence de qualité pour recourir séparée de deux membres du consortium contre la décision de non-qualification,

- au motif que l'utilisation des plans remis précédemment constituerait une violation du droit d'auteur ; ce grief aurait dû être allégué déjà contre l'appel d'offres, de sorte qu'il est prescrit.
- Rejet d'effet suspensif d'un recours manifestement mal fondé
- B-2562/2009, décision incidente du 29 juin 2009, Cour II. Adjudication du marché de services portant sur le déchargement, le remorquage et l'évacuation de véhicules semi lourds, des autobus, des caravanes et des transports exceptionnels dans la galerie routière du Saint-Gothard à la société Mondial Assistance. Refus d'effet suspensif du recours manifestement mal fondé (griefs *prima facie* infondés d'insuffisance formelle de l'acte de constitution de l'adjudicataire en société simple, ou de manque de disponibilité des personnes responsables du service ; méthode d'évaluation justifiée). Non pertinent.
Cette décision a fait l'objet d'un recours irrecevable au TF, voir 2C_487/2009, arrêt du 18 septembre 2009, Ite Cour de droit public.
- Cartel de soumissionnaires ; pas de recours contre décision de publication de clôture d'enquête par la Comco
- B-4221/2008, arrêt du 28 septembre 2009, Cour II, Arkosol c. Comco. Marché de rénovation de la façade de la Bibliothèque nationale. Décision de la Comco du 19.11.2007 de clôturer une enquête relative à un éventuel cartel de soumissionnaires, faute d'éléments de preuve disponibles 10 ans après les faits pour démontrer une évaluation fiable des coûts, et de publier la décision. Recours irrecevable.
 - Consid. 4 : seul le dispositif d'une décision peut faire l'objet de recours. Arkosol ne peut pas attaquer la motivation de la Comco qui susciterait l'impression de l'existence d'un cartel de soumission.
 - Consid. 6 : la publication d'une décision est un acte matériel non susceptible de recours, et non une décision au sens de l'art. 5 PA.
 - Consid. 8 : les parties n'ont pas droit à une constatation positive d'acquiescement dans le dispositif de la décision de la Comco. Il découle implicitement du point du dispositif relatif à la clôture de l'enquête qu'aucune violation du droit de la concurrence n'a pu être prouvée, ce qui est suffisant.
- Attribution de gré à gré. Notion de «solution de rechange adéquate» et d'«interchangeabilité»
- B-5729/2009, décision incidente du 15 octobre 2009, Cour II. Recours contre une attribution de gré à gré d'un marché de services de logiciel. Effet suspensif accordé.
 - Consid. 3.4 : qualité pour recourir admise, car la recourante offre un système informatique différent de celui déjà utilisé par le pouvoir adjudicateur, mais qui paraît *prima facie* constituer une alternative possible à ce système, et car elle dispose au surplus de toutes les compétences et de l'expérience pour exécuter ce marché et y a un grand intérêt.

- Consid. 5.1 : apparence de bien-fondé du recours : les deux conditions de l'art. 13 al. 1 let. c OMP, qui correspond à l'art. XV par. 1 al. b GPA, sont cumulatives (un seul soumissionnaire entre en considération en raison des particularités techniques ou artistiques du marché ou pour des motifs relevant du droit de la propriété intellectuelle, et il n'existe pas de solution de rechange adéquate). Le fardeau de la preuve de l'existence d'un cas de gré à gré appartient au pouvoir adjudicateur et l'interprétation est restrictive. Le grief selon lequel le système de la recourante constituerait une solution de rechange adéquate selon l'art. 13 al. 1 let. c OMP n'apparaît pas *prima facie* manifestement mal fondé, car le pouvoir adjudicateur lui-même avait sollicité des offres de trois entreprises (dont la recourante) lors d'un marché sur invitation passé en 2008.

- Consid. 5.2 : s'agissant du cas de gré à gré de l'art. 13 al. 1 let. f OMP, le pouvoir adjudicateur n'a pas apporté de preuve suffisante qu'il s'agit bien d'un marché complémentaire de services qui ne peuvent être acquis qu'auprès de l'adjudicataire initial pour assurer l'interchangeabilité avec le système informatique existant. Selon la note 8 à l'art. XV par. § let. d GPA, il faut encore que le marché initial de logiciel ait été couvert par le GPA, ce qui est douteux en l'espèce. De plus, la recourante soutient qu'elle a elle-même développé le système actuellement utilisé par le pouvoir adjudicateur, de sorte qu'elle devrait être considérée comme l'adjudicataire initial.

- Consid. 6 : pesée des intérêts : l'intérêt public résultant d'une urgence à introduire le système informatique de contrôle de formation en cause dans toute l'armée afin d'éviter des accidents, n'a pas un poids prépondérant en l'espèce. Le besoin était connu depuis longtemps. Il doit aussi être mis en relation avec d'autres intérêts publics à une application correcte de la réglementation sur les marchés publics et à la garantie d'une protection juridictionnelle effective, ainsi qu'avec l'intérêt privé de la recourante.

Principe de transparence et d'égalité dans l'annonce et l'évaluation des critères d'adjudication

• B-891/2009, arrêt du 5 novembre 2009, Cour II. Services du courrier. Recours contre l'adjudication admis.

- Consid. 3 : il découle de l'art. 21 LMP, du principe de transparence et du principe d'égalité de traitement que les critères d'évaluation et leur pondération doivent être annoncés à l'avance dans l'appel d'offres ou le cahier des charges, et que ces critères et pondérations ne peuvent pas ensuite être modifiés au stade de l'évaluation, que ce soit par ajout de nouveaux critères, modification de pondération ou abandon de critères annoncés. L'évaluation des offres doit être documentée et pouvoir être retracée.

- Consid. 5 : en l'espèce, le pouvoir adjudicateur a violé le principe de transparence en utilisant une grille d'évaluation standardisée qui ne correspondait pas aux critères d'adjudication annoncés, de sorte que certaines pondérations (dont celle du prix) ont été modifiées, que des critères n'ont pas été évalués et qu'a été ajoutée l'exigence non annoncée d'un certificat ISO de management de qualité (la question de la légalité de la prise en compte de la Mehreignung en l'espèce étant laissée ouverte).
- Pas de causalité en cas de violation du principe de transparence
- Consid. 6 : le principe de transparence est de nature formelle et sa violation conduit à l'annulation de la décision d'adjudication, indépendamment d'un lien de causalité entre la violation et l'attribution du marché.
- Refus d'effet suspensif en cas de recours manifestement mal fondé
- B-6253/2009, décision incidente du 16 novembre 2009. Cour II. Marché de services. Recours contre la décision d'adjudication. Rejet de la demande d'effet suspensif, le recours étant *prima facie* manifestement mal fondé, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une pondération des intérêts. Le pouvoir adjudicateur n'a pas excédé son pouvoir d'appréciation en exigeant que les références antérieures destinées à démontrer l'aptitude se réfèrent à des projets de tunnels routiers comparables à celui faisant l'objet du marché.
- Mesures provisoires dans un recours contre l'appel d'offres
- B-7024/2009, décision incidente du 26 novembre 2009, Cour II. Marché de services en procédure sélective relatif à des mandats d'étude parallèles de projets d'architecture. Recours contre l'appel d'offres. Mesures provisoires accordées tendant à interdire l'ouverture des demandes de participation envoyées dans le délai imparti dans l'appel d'offres.
- Evaluation d'un critère d'aptitude ; pas de formalisme excessif à exclure l'offre ne remplissant pas un tel critère
- B-4366/2009, arrêt du 24 février 2010, Cour II. Marché des services. Recours contre une décision d'adjudication. Rejeté.
 - Consid. 2.2-6 : critère d'aptitude relatif à « l'expérience dans la collaboration avec une organisation de droit public ». L'interprétation d'un critère se fait selon le sens commun des termes utilisés, sans quoi le pouvoir adjudicateur doit donner des indications différentes dans l'appel d'offres. Le pouvoir adjudicateur jouit d'un large pouvoir d'appréciation dans l'évaluation des références fournies en relation avec un critère d'aptitude, notamment en ce qui concerne la similarité entre les projets visés dans les références et l'objet du marché.
 - Consid. 7 : une offre incomplète sur un point essentiel doit être exclue et ne peut pas être complétée, sauf à violer les principes d'égalité de traitement et de transparence (art. 19 al. 1 LMP). En l'espèce, le fait que le chef de projet de la recourante ne disposait

pas lui-même de références démontrant une collaboration avec une organisation de droit public pouvait être considérée comme un vice suffisamment important pour justifier l'exclusion de l'offre, sans qu'il y ait formalisme excessif.

Exclusion des variantes dans l'appel d'offres ; pas de spécifications techniques discriminatoires

- B-822/2010, décision incidente du 10 mars 2010, Cour II. Appel d'offres excluant les variantes. Recours contre l'appel d'offres. Demande d'effet suspensif rejetée.
 - Consid. 3.2 : a qualité pour recourir le soumissionnaire qui allègue du caractère discriminatoire des spécifications techniques, dès lors que son propre produit (qui ne remplit pas les spécifications techniques) est susceptible de répondre remplir fonctionnellement la prestation requise par l'objet du marché.
 - Consid. 4.2-4.3 : l'adjudicateur est libre de définir l'objet du marché et les spécifications techniques, et l'autorité de recours ne saurait revoir l'opportunité (art. 31 LMP). Il en va de même pour la décision d'attribuer le marché à une offre de base ou à une variante. Il n'appartient pas au juge de jouer le rôle de « super pouvoir adjudicateur » ou de revoir s'il fallait choisir une solution plus innovante. Le nouvel article 22a OMP ne change rien à cet égard (« Le soumissionnaire est libre de présenter, en plus de l'offre globale, une offre pour une variante. Exceptionnellement, l'adjudicateur peut restreindre ou exclure cette possibilité dans l'appel d'offres »), car il s'agit d'une directive adressée à l'administration et qui n'est pas justiciable. En l'espèce, l'appel d'offres excluait expressément les variantes.
 - Consid. 5 : les spécifications techniques relatives au produit sont des critères absolus dont le non-respect entraîne l'exclusion de l'offre. Selon l'art. VI par. 2 let. a GPA, les spécifications techniques ne doivent pas être rédigées de manière trop étroite, de sorte que seul un produit particulier ou un nombre trop restreint de soumissionnaires entreraient en ligne de compte. En l'occurrence, rien ne suggère des spécifications techniques discriminatoires, car le pouvoir adjudicateur a nommé 9 fabricants en Allemagne et en Italie et 4 en Suisse.

Large pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur dans l'évaluation des références relatives aux critères d'aptitude

- B-6253/2009, arrêt du 16 mars 2010, Cour II. Recours contre la décision d'adjudication rejeté.
 - Consid. 3 : ne pas remplir un critère d'aptitude conduit à l'exclusion de la procédure de passation (art. 11 let. a LMP). Le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation non seulement dans le choix des critères d'aptitude et des moyens de preuve y relatifs, mais aussi dans l'évaluation desdits critères et quant à la question de savoir si une référence suffit à démontrer l'aptitude requise. L'autorité de recours ne vérifie pas

l'opportunité, mais uniquement l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation. La question de savoir si les références offertes suffisent sert à vérifier si le soumissionnaire est apte à exécuter le marché en cause.

- Consid. 5 : en l'espèce, l'adjudicateur pouvait valablement écarter une offre dont les références concernaient d'une part un projet non encore terminé et, d'autre part, un projet qui ne couvrait qu'en petite partie des prestations similaires à celles du marché en cause.

Exclusion des communautés de soumissionnaires et des sous-traitants

• B-1470/2010, décision incidente du 24 mars 2010, Cour II. Marché de services en relation avec la privatisation de Alcosuisse. Exclusion des communautés de soumissionnaires et des sous-traitants dans l'appel d'offres. Recours contre l'appel d'offres. Octroi de mesures provisoires.

- Consid. 3.3-3.4 : qualité pour recourir contre l'appel d'offres de deux entreprises qui ont l'intention de constituer une communauté de soumissionnaires, même si ces deux entreprises ne pourraient effectuer à elles seules que le tiers du marché ; pas d'exigence de formelle *Beschwer* en cas de recours contre l'appel d'offres.

- Consid. 4.2 : les critères d'aptitude doivent être spécifiques à l'objet du marché et ils ne doivent pas être discriminatoires. Ils ne doivent pas non plus restreindre sans nécessité la concurrence efficace, en ce sens que seul un ou deux soumissionnaires pourraient les satisfaire.

- Consid. 4.3 : l'art. 21 al. 1 LMP prévoit l'admission de principe des communautés de soumissionnaires, et leur exclusion dans l'appel d'offres dans des cas limités. Il faudrait de préférence choisir une mesure moins restrictive que l'exclusion, par exemple en exigeant que l'entreprise de la branche la plus concernée par le marché en cause prenne la tête de la communauté de soumissionnaires. L'exclusion de communautés de soumissionnaires peut aussi être compensée par l'admission de sous-traitants des autres branches concernées. Vu le pouvoir d'appréciation des pouvoirs adjudicateurs, on ne saurait toutefois poser des exigences trop élevées pour admettre l'exclusion de communautés de soumissionnaires, par exemple en la limitant aux cas où le marché est si petit que seule l'exclusion des consortiums permet de garantir la concurrence. Une base légale formelle serait nécessaire pour prétendre à un droit justiciable à former une communauté de soumissionnaires ou à s'adjoindre des sous-traitants, en dépit d'une exclusion dans l'appel d'offres et de l'existence d'une concurrence suffisante. Le grief n'est pas manifestement mal fondé.

- Consid. 4.4-4.6 : les autres critères d'aptitude, même s'ils posent des exigences très hautes qui limitent le nombre de

soumissionnaires potentiels, n'excluent toutefois pas une concurrence efficace pour ce marché. En particulier, il n'existe pas de droit à un soutien de la participation des PME aux marchés publics (consid. 4.5).

- Consid. 6 : afin de ne pas priver les recourantes de leur chance de participer, mais sans bloquer toute la procédure de passation, les mesures provisoires ordonnées consistent à prolonger le dépôt des offres pour les recourantes, à ne pas leur appliquer provisoirement les points de l'appel d'offres interdisant les communautés de soumissionnaires et les sous-traitants et à interdire provisoirement à l'adjudicateur d'ouvrir les offres.

Modification des mesures provisoires

- B-1470/2010, décision incidente du 16 avril 2010, Cour II. Modification des mesures provisoires octroyées le 24 mars 2010 dans l'affaire Alcosuisse (voir résumé ci-dessus).
- Consid. 2.1-2.3 : les mesures provisoires peuvent être modifiées d'office ou sur requête lorsque les conditions d'octroi ne sont plus remplies ou lorsqu'elles doivent être adaptées aux nouveaux rapports/nouvelles circonstances. En l'occurrence, les recourantes (une communauté de soumissionnaires) ont déposé une offre.
- Consid. 3-4 : le pouvoir adjudicateur est autorisé à ouvrir les offres, à évaluer l'aptitude et à exclure les soumissionnaires non aptes (à l'exclusion de la prohibition des consortiums et des sous-traitants pour ce qui concerne les recourantes), mais il ne peut pas évaluer matériellement les offres [non pertinent].

Modification des mesures provisoires

- B-1470/2010, décision incidente du 18 mai 2010, Cour II. Modification des mesures provisoires octroyées le 16 avril 2010 dans l'affaire Alcosuisse (voir résumé ci-dessus).
- Consid. 6.3 : les conditions restrictives pour une levée complète des mesures provisoires en raison de l'urgence alléguée du marché ne sont pas remplies en l'espèce. L'adjudicateur doit établir soigneusement son planning en tenant compte d'un éventuel recours. L'indication des conditions-cadres politiques et de l'incertitude y relative ne justifient pas la levée complète des mesures provisoires, une mesure plus douce étant possible.
- Consid. 6.4 : les mesures provisoires sont partiellement modifiées en ce sens que le pouvoir adjudicateur peut procéder à l'évaluation matérielle des offres, en incluant provisoirement l'offre des recourantes. L'interdiction de procéder à l'adjudication est maintenue.

Application des règles sur les marchés publics

- A-3163/2009, arrêt du 27 mai 2010, Cour I : Commande de prestations de transport de personnes par bus.

aux procédures de
commande en
matière de
transport

- Consid. 2.2 : dès le 1^{er} janvier 2010, l'appel d'offres est obligatoire et non plus facultatif pour les procédures de commande de prestations de transport (Message du 23.2.2005 sur la réforme des chemins de fer 2, FF 2005 2269, en particulier chap. 1.2.6.1.4 2329 ss). Toutefois, la nouvelle loi est inapplicable, car non encore en vigueur au moment de la décision attaquée.

- Consid. 3 : selon le régime applicable sous l'ancien droit (LCdF), il faut distinguer l'octroi de concessions et la procédure de commande de transports publics (consid. 3.1). La procédure de commande visant la conclusion d'une convention sur l'offre de prestation de transport à indemniser, il s'agit d'une convention portant sur une subvention, qui est réglée par les principes découlant de la législation sur les indemnités et non par le droit des marchés publics. Dans le cadre de cette procédure, « l'appel d'offres » constitue un appel de demandes de subvention et la « décision d'adjudication » est le choix par les commanditaires de l'entreprise de transports avec laquelle une convention sera conclue (art. 51 al. 3 LCdF et art. 20 de l'Ordonnance du 18.12.1995 sur les indemnités OIPAF) (consid. 3.2).

- Consid. 4 : la recourante aurait dû recourir dans les 30 jours contre l'appel d'offres, pour faire valoir ses griefs relatifs à des conditions de l'appel d'offres (temps de parcours imposé trop court), de sorte que le recours est irrecevable pour ces griefs.

Cartel de l'asphalte •

B-420/2008, arrêt du 1 juin 2010, Cour II (publié dans DPC 2010/2, 368 ss) et B-360/2008 du 10 juin 2010, Cour II (publié dans DPC 2010/2, 393 ss). Confirmation par le TAF de la décision de la Comco dans le cartel de l'asphaltage, où 17 des 18 entreprises actives au Tessin avaient conclu entre 1998 et 2004 un accord sur les prix et sur la répartition des marchés de clients privés et publics (art. 5 al. 3 let. a et c LCart).

- Consid. 2.4 : la Comco est habilitée à constater l'illicéité d'un accord cartellaire, dissous avant l'entrée en vigueur des règles relatives aux amendes, et à interdire sa poursuite pour le futur sous menace des sanctions des art. 50 et 54 LCart.

- Consid. 6 : le TAF confirme que la convention litigieuse était un accord au sens de l'art. 4 LCart, qui d'une part fixait directement ou indirectement les prix (art. 5 al. 3 let. a LCart) et, d'autre part, répartissait le marché en fonction des partenaires commerciaux (art. 5 al. 3 let. c LCart).

- Consid. 7-8 : la preuve de l'état de fait des présomptions de suppression de concurrence figurant aux art. 5 al. 3 ou 4 LCart doit se fonder sur la conclusion ou l'existence de l'accord ; il n'est pas nécessaire de démontrer à ce stade les effets réels sur le marché, car le législateur a déjà considéré que de tels accords ont – selon

l'expérience – pour effet de supprimer la concurrence efficace. Même si la Comco a, en l'espèce, et selon sa pratique, déjà examiné la mise en œuvre et les effets de la convention sur le marché pertinent au stade de la vérification de la présomption, le TAF considère que ces effets ne doivent être vérifiés qu'au stade du renversement de la présomption.

- Consid. 9 : le renversement de la présomption peut avoir lieu par la preuve que, en dépit de l'accord, il subsiste encore une concurrence efficace actuelle ou potentielle, externe ou interne, sur le marché pertinent. Le fardeau de la preuve appartient dans une procédure administrative à la Comco, mais les parties ont une obligation de coopérer (art. 12-13 PA et art. 39-40 LCart). Dans la définition du marché de produit, on ne saurait en l'espèce considérer comme pertinent chaque marché public individuel, car les pouvoirs adjudicateurs tessinois passent constamment des marchés d'asphaltage de routes et car il faut aussi prendre en compte les maîtres d'œuvre privés (consid. 9.1.1). Le maintien d'une concurrence interne suffisante implique soit que l'accord n'était en réalité pas respecté, soit qu'une concurrence efficace subsistait sur d'autres paramètres que ceux faisant l'objet de l'accord (consid. 9.2.2). S'agissant de la concurrence interne, une analogie avec l'arrêt *Buchpreisbindung* (ATF 129 II 37) ne se justifie pas dans le cas du cartel de soumission dans le domaine de l'asphaltage, où le prix est le critère prépondérant et où les autres facteurs sont fixés par le pouvoir adjudicateur dans le cahier des charges. Il n'y a pas non plus d'analogie possible avec le cas *Faberschule Graubünden* (DPC 2003/2 p. 283 ss), où la Comco avait admis une concurrence externe suffisante avec un taux d'affectation du marché de 74% ; en l'espèce, la présomption de suppression de concurrence ne peut pas être renversée avec un taux de 62% des marchés concernés par le cartel rotatif (corrigé à 72% lors de la prise de position au TAF), étant donné que les autres travaux (les 38% resp. 28% restants) étaient inévitablement influencés par le cartel. En ce qui concerne la preuve du caractère nuisible du cartel et de l'existence d'une rente cartellaire, le TAF est d'avis que ces éléments relèvent plutôt de l'examen d'un cas d'art. 7 LCart. Même si certaines entreprises réussissent à prouver qu'elles n'ont pas retiré de rente cartellaire, cela ne démontre pas que le cartel n'était pas nuisible en ce qu'il en résultait un manque de pression concurrentielle visant à la rationalisation et dès lors un maintien de structures inefficaces. Les prix offerts dans le cadre du cartel rotatif reflétaient les coûts structurels élevés des entreprises membres. En outre, les prix des offres ont considérablement chuté en 2005, après la fin du cartel (consid. 9.2.3). Il n'existe pas non plus de contre-pouvoir suffisant de la part des pouvoirs

- adjudicateurs. La présomption de suppression de concurrence efficace n'est pas renversée.
- Vérification de l'aptitude des sous-traitants
- B-3803/2010, Décision incidente du 23 juin 2010, Cour II. Recours contre une décision d'exclusion d'un soumissionnaire pour défaut d'aptitude dans l'affaire Alcosuisse (pas de système de management de qualité pour un sous-traitant, et pas de références en matière de privatisation pour l'autre sous-traitant). Rejet de la requête d'effet suspensif ou d'autres mesures provisoires.
 - Consid. 3.1 et 3.2 : l'adjudicateur n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation dans l'évaluation de l'aptitude en exigeant la preuve d'un système de management de qualité non seulement pour l'entrepreneur général mais aussi pour les sous-traitants.
 - Consid. 5 : dans la balance des intérêts, il faut prendre en compte qu'il est très invraisemblable qu'une nouvelle évaluation de l'aptitude démontre que d'autres soumissionnaires ne disposaient pas non plus d'un système de management de qualité, de sorte qu'il n'y a pas eu d'inégalité dans l'évaluation. L'effet suspensif ou d'autres mesures provisoires sont rejetés.
 - B-3990/2010, arrêt du 30 juin 2010, Cour II. Annulation d'une décision d'adjudication afin de permettre à l'OFROU de procéder à une nouvelle évaluation des offres, comme il le souhaitait.
- Absence de qualité pour agir des fournisseurs de logiciels open source contre une adjudication de gré à gré à Microsoft
- B/3402/2009, arrêt du 6 juillet 2010, Cour II. Irrecevabilité du recours de 18 fournisseurs de logiciels *open source* contre l'adjudication de gré à gré par l'OFCL à Microsoft d'un marché de services relatif à la prolongation des licences de logiciels et de la maintenance.
 - Consid. 2.4 : les recourantes peuvent demander l'annulation de l'adjudication, mais non pas la passation ultérieure d'un nouveau marché ; le pouvoir adjudicateur pourrait aussi choisir de renoncer au marché ou d'opter pour une éventuelle solution in-house.
 - Consid. 3.1 : dans un recours dirigé contre une adjudication de gré à gré, comme dans un recours contre un appel d'offres, on ne saurait exiger du recourant d'avoir déjà formellement participé à la procédure de passation (*formelle Beschwerde*).
 - Consid. 3.2 : dans un recours contre une adjudication de gré à gré, le recourant doit faire partie des soumissionnaires potentiels pour remplir les conditions de l'art. 48 al. 1 let. b-c PA, à savoir être particulièrement touché et avoir un intérêt digne de protection à l'annulation (*materielle Beschwerde*). Il doit disposer des capacités économiques, techniques et financières pour exécuter le marché et rendre vraisemblable un intérêt à l'exécution dudit marché. Le TAF détermine pour la première fois le standard de preuve requis

au stade de la vérification de la recevabilité du recours par un tel soumissionnaire potentiel. Le soumissionnaire potentiel qui recourt contre une adjudication de gré à gré est un tiers, et non un destinataire de la décision, de sorte qu'il faut se reporter à la jurisprudence et la doctrine relatives à la qualité pour agir des concurrents (rappelées au consid. 3.2.4, *besondere Beziehungsnähe*). Il ne suffit pas que la recourante et l'adjudicataire soient actifs sur le même marché ou que leurs produits respectifs offrent les mêmes fonctionnalités. Il faut que la recourante soit une concurrente de l'adjudicataire en ce qui concerne l'objet spécifique du marché en cause, c.-à-d. qu'elle aurait pu être soumissionnaire pour fournir la prestation demandée par le pouvoir adjudicateur et qu'elle aurait voulu le faire (consid. 3.2.5). Faute d'appel d'offres, la prestation en cause est celle adjugée de gré à gré, pour autant que la définition du besoin auquel cette prestation répond ne soit pas elle-même illicite. Cette notion est comparable à celle de substituabilité de la demande utilisée en droit de la concurrence pour définir le marché pertinent de produits (consid. 3.2.6). De même qu'il faut admettre la qualité pour recourir du soumissionnaire qui ne respecte pas les spécifications techniques du marché dont il conteste le caractère discriminatoire, pour autant que son produit remplisse les besoins spécifiés pour l'objet du marché (art. VI GPA), il convient aussi d'adopter une approche fonctionnelle pour déterminer à quelles conditions le soumissionnaire potentiel a qualité pour recourir contre une adjudication de gré à gré. Sans exiger une marque de produit particulière, il faut que le recourant ait eu la capacité et la volonté de fournir des produits ou services qui satisfassent fonctionnellement aux besoins exprimés par l'adjudicateur en relation avec l'objet spécifique du marché adjugé (consid. 3.2.7). Le pouvoir adjudicateur peut définir librement l'objet du marché et la solution la mieux à même de remplir ses besoins, même si cela exclut d'autres solutions alternatives (consid. 3.2.8). Un contrôle juridictionnel doit certes pouvoir être exercé sur la concrétisation du besoin sur une solution particulière, à l'exclusion d'autres alternatives envisageables. Mais la question de savoir si la recourante a été exclue du cercle des soumissionnaires potentiels en raison d'une détermination illégale de l'objet du marché doit être examinée au stade de la recevabilité du recours et non pas lors de l'examen du fond. A défaut, il faudrait admettre systématiquement la qualité pour recourir même pour des personnes qui n'appartiennent pas au cercle des soumissionnaires potentiels (consid. 3.2.9).

- Consid. 4 : en l'espèce, la publication de l'adjudication montre que l'objet du marché consistait en une prolongation des licences et de la maintenance du système informatique des places de travail

de l'Administration fédérale utilisé jusqu'ici. Le recours vise en revanche à opérer une modification fondamentale de la stratégie informatique de la Confédération, par une migration complète vers un système *open source*. Le pouvoir adjudicateur détermine librement l'objet du marché, et il ne saurait être contraint d'acquérir des produits neufs plutôt que d'entretenir des biens déjà utilisés, même si ceux-ci sont entièrement amortis. Comme les recourantes ne sont pas en mesure ou ne veulent pas fournir la prestation recherchée par l'OFCL, elles ne peuvent être considérées comme des soumissionnaires potentiels, leurs logiciels *open source* n'étant pas interchangeables avec ceux de Microsoft, mais constituant une option différente impliquant un changement de stratégie informatique de l'adjudicateur. Le recours est irrecevable, faute de qualité pour agir des fournisseurs de logiciels *open source*.

Marge
d'appréciation dans
l'évaluation des
critères d'aptitude

- B-1687/2010, décision incidente du 19 juillet 2010, Cour II. Recours contre l'adjudication d'un marché de services relatif à la fourniture de 2 managers pour une migration informatique du DMF. Rejet de l'effet suspensif.
 - Consid. 4.1-4.6 : bien que l'art. 9 al. 1 LMP soit formulé de manière potestative, le respect des critères d'aptitude est une exigence impérative. Le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix des critères d'aptitude (sous réserve d'une restriction injustifiée de la concurrence efficace) et des moyens de preuve y relatifs, ainsi que dans l'évaluation ultérieure du respect desdits critères par les soumissionnaires. En l'espèce, l'adjudicataire a fourni l'attestation requise de l'administration cantonale selon laquelle une autorisation pour la location de services n'était pas nécessaire pour le marché en cause. Le pouvoir adjudicateur n'a *prima facie* pas d'obligation de demander au soumissionnaire des éclaircissements supplémentaires lorsque certaines références requises manquent. En l'espèce, les références manquantes dans l'offre de la recourante justifiaient la déduction de points opérée par le pouvoir adjudicateur, de sorte que le recours a peu de chance de succès.
 - Consid. 4.7 : dans la pondération des intérêts publics et privés en cause, le TAF admet en l'espèce une certaine urgence en raison d'un risque pour la sécurité, car le marché en cause concerne une migration informatique importante à opérer au DMF, un département en charge de la sécurité de la Suisse et où la sécurité informatique la plus haute est requise. L'effet suspensif est refusé.
- B-1688/2010, décision incidente du 19 juillet 2010, Cour II. Recours contre l'adjudication d'un marché de services relatif à la fourniture d'un chef de projet pour une migration informatique du DMF. Rejet de l'effet suspensif [voir *supra* B-1687/2010].

- B-1689/2010, décision incidente du 19 juillet 2010, Cour II. Recours contre l'adjudication d'un marché de services relatif à la fourniture d'un managers pour une migration informatique du DMF. Rejet de l'effet suspensif [voir *supra* B-1687/2010].
- B-4657/2009, arrêt du 20 juillet 2010, Cour II. Interruption d'une procédure sur invitation et adjudication de gré à gré d'un marché de travaux pour la réfection de joints sur la N9 Vennes-Villeneuve. Recours des entreprises ayant déposé une offre dans la procédure sur invitation. Assujettissement du marché à la LMP : clause d'exception et valeur du marché.
 - Consid. 2.6 : la clause d'exception de l'art. 3 al. 2 let. b LMP et art. XXIII par. 2 GPA, invoquée par le pouvoir adjudicateur en relation avec la protection de la santé et de la vie des usagers de la N9, est limitée aux mesures nécessaires, lorsqu'il n'existe aucune autre mesure moins restrictive apte à atteindre le but visé, ceci conformément au principe de proportionnalité. En l'espèce, l'OFROU est responsable depuis janvier 2008 de la construction et entretien des routes nationales. Il n'a pris connaissance de la nécessité urgente de changer des joints de chaussée sur la N9 que par une expertise de février 2009, alors que les travaux devaient être achevés avant fin novembre 2009. Les documents d'appel d'offres ont été élaborés en avril 2009. Conformément à l'art. 19 al. 4 OMP en relation avec l'art. XI par. 3 let. c GPA, il aurait été possible de lancer une procédure ouverte avec un délai de dépôt des offres raccourci à 10 jours, ce qui aurait permis d'adjuger le marché et d'effectuer les travaux avant la pause hivernale. En conséquence, la passation du marché hors du champ d'application de la LMP sur la base de la clause d'exception de l'art. 3 al. 2 let. b LMP a violé le principe de proportionnalité.
 - Consid. 2.7 : pour déterminer si la valeur-seuil pour l'application de la LMP est atteinte, on se base en règle générale sur l'estimation préalable de la valeur du marché faite par le pouvoir adjudicateur et non pas sur la valeur du marché établie par la décision d'adjudication (consid. 2.7.2). Toutefois, l'estimation doit être faite avec prudence et soin, le pouvoir adjudicateur ne devant pas « jouer » avec la valeur du marché ou calculer celle-ci trop étroitement, mais devant plutôt se référer à la marge supérieure de l'estimation. Le pouvoir adjudicateur est en droit de se tromper dans l'estimation, pour autant qu'il soit de bonne foi. En l'espèce, l'estimation contenue dans les devis obtenus par le pouvoir adjudicateur ne représentait que le tiers de la valeur-seuil de la LMP pour les marchés de travaux. En revanche, les offres déposées par les recourantes dans la procédure sur invitation dépassaient la valeur-seuil, alors que l'offre de l'adjudicataire n'était inférieure que

Clause d'exception de l'art. 3 LMP.
Valeur estimée du marché en cas de manquements importants dans les devis

de 7% à la valeur seuil. Même si le pouvoir adjudicateur s'est fondé sur les devis demandés, le principe de la bonne foi ne peut vider la loi de sa substance lorsqu'il apparaît que le montant estimé est très éloigné de la réalité et que les devis comportent d'importants manquements. Par conséquent, le marché est soumis en raison de sa valeur aussi à la loi.

- Consid. 2.8 : le contrat étant déjà conclu, le TAF constate l'illicéité de la décision attaquée.

Principe de transparence et critères d'adjudication

• B-4860/2010, décision incidente du 30 juillet 2010, Cour II. Recours contre l'adjudication d'un marché de services par l'OFROU. Rejet de l'effet suspensif du recours dépourvu de chances de succès.

- Consid. 4 : le principe de transparence (art. 1 al. 1 let. a LMP) impose au pouvoir adjudicateur qu'il annonce dans l'appel d'offres et dans l'ordre d'importance tous les critères d'adjudication qui seront pris en compte lors de l'évaluation des soumissions ou, du moins, qu'il annonce l'importance relative qu'il va accorder à chacun desdits critères. De même lorsqu'il établit des sous-critères qu'il entend privilégier. Le principe de transparence interdit la modification, de manière essentielle, de la présentation des critères d'adjudication après le dépôt des offres. Les critères d'adjudication et les critères d'aptitude doivent être interprétés au regard du principe de la confiance. En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a évalué le critère « Compétences et références des personnes clés » en se fondant sur les références non pas des personnes clés mentionnées dans l'offre de la recourante (qui n'assumaient pas une présence suffisante sur le chantier), mais des auxiliaires de ces personnes. Il ressort du cahier des charges que les prestations attendues de la direction des travaux requièrent une forte présence sur le chantier. La recourante l'avait compris puisqu'elle avait confié la réalisation effective de ces tâches aux deux auxiliaires garantissant une présence à plein temps sur le terrain, ceci afin de réduire le prix de son offre. Ainsi, le pouvoir adjudicateur n'a pas violé le principe de transparence et le recours est sur ce point *prima facie* dénué de chances de succès.

- Consid. 5.2 : pas d'arbitraire dans la notation du critère litigieux. Le TF et le TAF ne revoient l'appréciation des critères d'adjudication qu'avec une retenue particulière, dans la mesure où une telle appréciation suppose souvent des connaissances techniques, qu'elle repose nécessairement sur une comparaison des offres soumises par les soumissionnaires et qu'elle comporte aussi, inévitablement, une composante subjective de la part du pouvoir adjudicateur.

- B-3060/2010, arrêt du 27 août 2010, Cour II. Recours contre l'adjudication d'un marché de services passé par la Direction du développement et de la coopération (DDC) pour le soutien à un programme d'appui au secteur de l'élevage au Niger. Irrecevabilité, les services n'étant majoritairement pas soumis à la LMP.
 - Consid. 2 : rappel de jurisprudence sur la qualité pour recourir d'un consortium. Les membres d'un consortium sont tenus d'entreprendre de manière conjointe une décision d'adjudication qui leur est défavorable, aussi longtemps que le contrat entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire n'est pas conclu.
 - Consid. 3.6 : il s'agit d'un marché public, puisque la DDC a chargé une entité privée de remplir, moyennant rémunération, une tâche attribuée par la loi à la DDC.
 - Consid. 3.7-3.8 : les services assujettis à la loi sont ceux énumérés dans la liste positive figurant à l'annexe 1 OMP, qui reprend l'Annexe 4 de l'Appendice I à l'AMP. Il faut se référer à la classification CPC pour interpréter la liste positive.
 - Consid. 4.2-4.6 : la LMP ne s'applique pas lorsque seule une partie mineure d'un marché composé de plusieurs services différents entre dans son champ d'application. Un marché de services soumis à la LMP ne doit pas être combiné avec un autre marché non soumis à la LMP dans le seul but de soustraire le marché entier à la loi. En revanche, une combinaison de plusieurs services dans un seul marché peut s'avérer nécessaire en raison de la nature du marché en cause. En l'espèce, les services en cause relèvent majoritairement de l'aide technique ou économique au développement, qui ne fait pas partie des services assujettis à la LMP. Le recours est dès lors irrecevable.

- Marchés publics et concurrence
- Commission de la concurrence (Comco)
- Décision du 19 novembre 2007 de la Comco clôturant l'enquête relative à une soumission publique des travaux de rénovations de la façade du bâtiment principal de la Bibliothèque nationale suisse (BN), publiée dans DPC 2009/4, 339.
- Décision du 6 juillet 2009 de la Comco concernant le cartel de soumissions de huit installateurs électriques bernois (fiche marchés publics 2009) est publiée dans DPC 2009/3, 196.
 - Accord horizontal sur les prix et la répartition de clientèle pour des projets importants de la région de Berne entre 2006 et 2008. Le cartel s'est étendu à 108 projets de constructions, avec un volume total d'environ CHF 36 Mio.
 - Les entreprises impliquées ont bénéficié du programme de clémence et leurs amendes ont été réduites à un total de CHF 1.24 Mio (voir aussi Rapport annuel 2009 de la Comco, 3, 27ss, DPC 2010/1, 17 et 22s.; Rolf H. Weber, Salim Rizvi, Submissionskartell,

Jusletter du 1.2.2010, commentent la décision de la Comco en soulignant le problème de l'effet préventif des amendes fixées dans le cadre d'une solution amiable. Ils soulèvent également la question de la «pénalisation» des collaborateurs de l'entreprise impliqués dans ces accords horizontaux).

- BE.2009.21 : le Tribunal pénal fédéral donne son feu vert à la Comco pour consulter les dossiers saisis lors des perquisitions en lien avec l'enquête sur un éventuel cartel des entreprises de construction des routes et du génie civil dans les cantons d'Argovie et de Zurich.
- La Comco a annoncé qu'en 2010 l'accent sera mis sur les accords de soumission (Rapport Comco 2009, 21).
- Avis du 22 février 2010 de la Comco basé sur l'art. 2 al. 7 LMI concernant le renouvellement de concessions d'usage exclusif dans le domaine de l'électricité.
 - L'art. 2 al. 7 LMI impose en principe aux collectivités publiques de devoir soumettre à un appel d'offres l'octroi ou le renouvellement de concessions accordées à des entreprises privées pour la création, l'exploitation et l'entretien d'installations de distribution électrique. L'obligation de procéder à un appel d'offres selon l'article 2 al. 7 LMI vaut non seulement pour le transfert de l'exploitation de monopoles de droit, mais également pour le transfert de l'exploitation de monopoles de fait à des privés. Ainsi, si la concession a pour effet d'exclure les tiers de toute activité économique de même nature et dans le même rayon géographique, il en résulte une situation qui s'apparente à celle qui prévaut lors de l'attribution d'une concession de monopole.
 - La notion d'entreprises privées au sens de l'art. 2 al. 7 LMI ne saurait se fonder sur la seule forme (de droit public ou de droit privé) de l'entité. Sont exclues du champ d'application de l'art. 2 al. 7 LMI les concessions attribuées à des entités *in-house*, à savoir lorsque (i) l'autorité concédante exerce sur l'entité concessionnaire un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et que (ii) l'entité concessionnaire réalise l'essentiel de son activité avec la ou les autorités concédantes qui la détiennent. Le critère du contrôle du contrôle n'est pas rempli lorsque l'entité concessionnaire est une société d'économie mixte, en raison notamment des risques de distorsion de concurrence entre l'actionnaire privé et les autres entreprises potentiellement concurrentes pour l'octroi de la concession.
 - La Comco recommande parallèlement au Conseil fédéral de mettre en place des conditions de mise en concurrence uniformes pour ce type de concessions à l'occasion de la révision de la loi sur l'approvisionnement en électricité.

- Jugements cantonaux • Seuls les jugements neuchâtelois sont traités. Pour les jugements des autres tribunaux administratifs cantonaux, voir www.simap.ch ou le site web de chaque tribunal administratif cantonal. Nous nous contentons de signaler :
- Annulation du contrat d'entreprise conclu contrairement aux règles régissant les marchés publics • Arrêt du Tribunal cantonal d'Appenzell-R.I. du 4 mai 2010, V6-2010.
- Consid. 7a : annulation du contrat d'entreprise conclu de manière anticipée. Le fait que l'attribution du marché ne respecte pas le droit des marchés publics n'affecte pas la validité du contrat d'entreprise conclu. Si l'autorité de recours juge le recours bien fondé, elle peut toutefois ordonner la résiliation, *ex nunc*, du contrat lorsque celui-ci est conclu contrairement aux règles des marchés publics et lorsque le contrat permet *in casu* une telle résiliation. L'autorité de recours peut ainsi rétablir une base pour une nouvelle procédure d'adjudication, qui n'aurait pas de sens tant que le contrat d'entreprise conclu de manière anticipée déploie ses effets. Le droit des marchés publics n'a en effet pas pour seul but de ménager les fonds publics, mais également de garantir l'égalité de traitement entre les soumissionnaires et de renforcer la concurrence efficace et neutre. La question est de savoir sous quelles conditions le contrat peut être résilié et avec quelles conséquences est déterminée selon les dispositions du droit des contrats et selon les clauses contractuelles.
- Tribunal administratif de Neuchâtel • TA.2009.422, arrêt du 2 février 2010, Cour de droit public. Exclusion d'un soumissionnaire qui ne répond pas aux critères d'aptitude (art. 21 al. 1er litt. A LCMP). Recours contre la décision d'adjudication rejeté. Motivation de la décision d'exclusion.
Motivation de la décision d'exclusion - Consid. 2b : l'exclusion découle de la notification de la décision d'adjudication du marché accompagnée du tableau d'évaluation des offres. A la lecture de ce dernier, le recourant a compris la portée de la décision et a également pu contester en temps utile la note qui lui était attribuée en relation avec un des critères d'évaluation, de sorte qu'un éventuel vice de motivation est guéri.
- Obligation de conclure le contrat • TA.2009.434, arrêt du 26 janvier 2010, Cour de droit public. Recours contre deux décisions d'adjudication. Admis. Marché de fourniture de conteneurs enterrés ou semi-enterrés pour les déchets. Appel d'offres qui prévoyait que « l'adjudication des modèles ne signifie pas que la commande va être passée », celle-ci dépendant du choix du modèle dans les communes.
- Consid. 3b : pas d'obligation à charge de pouvoir d'adjudication de conclure un contrat après l'adjudication. Toutefois, si l'autorité décide de passer le contrat, elle doit le faire avec l'adjudicataire et non avec un autre soumissionnaire. Une adjudication conçue par

l'adjudicateur comme une simple évaluation préalable d'offres à l'intention d'autorités tierces (en l'occurrence des communes), sans caractère contraignant pour lui-même ni pour ces dernières, est privée des effets qui lui sont normalement attachés en vertu du droit des marchés publics.

- Consid. 3d : le tribunal n'étant pas lié par les motifs invoqués par les parties à l'appui du recours, il peut retenir d'office des vices graves, non invoqués par les parties, mais affectant la procédure litigieuse. En l'occurrence, le vice conduit à l'annulation de l'adjudication, même si le soumissionnaire évincé n'a pas recouru contre l'appel d'offres ou le cahier des charges.

Pouvoir de cognition de l'autorité de recours

• TA.2009.208, arrêt du 29 décembre 2009, Cour de droit public. Recours contre la décision d'adjudication. Admis. Evaluation des offres. Pouvoir de cognition de l'autorité de recours.

- Consid. 2b : le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation lors de l'évaluation des offres. Le contrôle de l'autorité de recours ne porte pas sur l'opportunité et elle ne revoit qu'avec retenue l'évaluation des offres au regard des critères d'adjudication. Sur ce point, le pouvoir d'examen de l'autorité de recours est pratiquement restreint à l'arbitraire.

- Consid. 3-5 : en l'occurrence, évaluation partiellement incorrecte du critère du « respect des délais dans la conduite et la réalisation des travaux de MO93 ».

