

Droit des marchés publics

Evelyne Clerc, Mari Viro Moser

Législation

Au niveau international

- Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP/GPA), RS 0.632.231.422
Taiwan est devenu partie à l'AMP en 2009

Marchés publics fédéraux

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

Art. 2 al. 1 let. e LMP entré en vigueur le 1.1.2009 : assujettissement de l'Inspection fédérale de la sécurité nucléaire

Révision totale du droit des marchés publics : à l'issue de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision de la LMP et au vu du ralentissement économique, le Conseil fédéral a opté, le 17 juin 2009, pour une procédure par étapes :

- a) Le DFF élabore un projet de révision anticipée de l'ordonnance sur les marchés publics (OMP), qui devrait entrer en vigueur au 1.1.2010 : voir *infra* sous OMP
 - b) Le DETEC élabore un message concernant la révision partielle anticipée de la LMP, destinée à accélérer la procédure de passation des marchés : modification des règles relatives à l'effet suspensif concernant les marchés de travaux urgents d'importance nationale (ex. NLFA) et suppression du recours au TF contre les décisions du TFA
 - c) Le Conseil fédéral abandonne le projet d'unification partielle du droit des marchés publics cantonaux et fédéraux, en raison du rejet manifesté par la quasi-totalité des cantons dans la procédure de consultation. La révision totale de la LMP, pour ce qui concerne les marchés publics fédéraux, se poursuivra après la révision de l'OMP
- Ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (OMP), RS 172.056.11
Révision anticipée de l'OMP : le 17 juin 2009, le Conseil fédéral a chargé le DFF de lui présenter un projet de révision anticipée de l'OMP. La révision de l'ordonnance vise à simplifier et à assouplir la procédure d'adjudication et concernera les marchés publics de la Confédération. Elle doit permettre non seulement d'économiser du temps et de l'argent, mais encore de clarifier les conditions-cadres juridiques applicables aux soumissionnaires et aux pouvoirs adjudicateurs. Les modifications devraient déjà entrer en vigueur le 1.1.2010

- Ordonnance du DFE du 27.11.2008 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour l'année 2009, RS 172.056.12, entrée en vigueur le 1.1.2009
Ordonnance du DFE du 26.11.2007 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour l'année 2008, RS 172.056.12 est abrogée
- Ordonnance du 5.12.2008 concernant la gestion de l'immobilier et la logistique de la Confédération (OILC) RS 172.010.21, entrée en vigueur le 1.1.2009
Ordonnance du 14.12.1998 concernant la gestion de l'immobilier et la logistique de la Confédération (OILC) RS 172.010.21, abrogée
- Loi fédérale du 4.10.1991 relative à la construction de la ligne ferroviaire suisse à travers les Alpes (Loi sur le transit alpin, LTrAlp), RS 742.104
Modification du titre de l'ancien «Arrêté fédéral du 4.10.1991 sur le transit alpin» par la Loi fédérale sur le développement de l'infrastructure ferroviaire du 20 mars 2009 (LDIF), entrée en vigueur le 1.9.2009, RO 2009 4219
- Règlement du 17.1.1961 sur l'assurance d'invalidité (RAI, RS. 831.201) : article 14bis introduit par modification du 5.12.2008, entrée en vigueur le 1.1.2009 (RO 2008 6491) : al. 1 : « L'assurance peut acquérir les moyens auxiliaires au moyen d'un appel d'offres. Les règles de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics sont prises en considération, dans la mesure du possible » ; al. 2 : « L'assurance peut conclure des contrats portant sur les moyens auxiliaires avec plusieurs fournisseurs » ; al. 3 : « L'acquisition peut se faire par l'intermédiaire d'une centrale de logistique »

Marchés publics cantonaux et communaux

- Accord intercantonal sur les marchés publics du 15.11.1994, révisé le 15.3.2001 (AIMP)
Suite à l'adhésion du canton de Glaris avec effet au 1.6.2009, tous les cantons sont partie à l'AIMP révisé

Simap.ch

- La nouvelle plateforme électronique simap.ch est en service depuis le 1.3..2009 (<http://www.simap.ch>)
Les appels d'offres de la Confédération, de 23 cantons et demi-cantons et de 6 grandes villes y sont disponibles, ce qui permet davantage de transparence et une réduction des coûts administratifs.

Doctrine

Suisse

- Abegg Andreas, Rechtsnatur des Vergabeverhältnisses in Deutschland und in der Schweiz, DC 3/2008, 147 ss 3
- Beyeler Martin, Angebot oder Nichtangebot ? - Anmerkung zu BGr. 2D_64/2008 vom 5.11.2008 [BGE 134 II 297], recht 2009, 34 ss
- Beyeler Martin, Bausubmissionen : Schwellenwerte, Bauwerkregel und Bagatellklausel, Revue de l'avocat 6-7/2008, 264 ss
- Beyeler Martin, Art. 3 und 4 VE-BöB : Der Geltungsbereich, DC 4/2008, 185-186
- Beyeler Martin, Art. 78 ff. VE-BöB : Der Schadenersatz, DC 4/2008, 205
- Beyeler Martin, Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, Jusletter 4.5.2009
- Confédération, Guide interactif pour les marchés publics fédéraux, disponible sous <http://www.gimap.admin.ch>
- Conférence romande des marchés publics (CROMP) (éd.), Guide romand pour les marchés publics : en application de l'AIMP révisé du 15 mars 2001, version révisée du 12 septembre 2008, disponible sous : <http://www.simap.ch>, Aspects juridiques/Infos, sélectionner le Guide romand à partir de la liste d'un des cantons romands
- Cassina Matteo, Principali aspetti del diritto delle commesse pubbliche nel Cantone Ticino, Lugano, CFPG 2008
- Denzler Beat, Art. 68 ff. VE-BöB, Rechtsbehelfe, DC 4/2008, 201-202
- Dubey Jacques, Art. 24 AP-LMP : Variantes, DC 4/2008, 189
- Dubey Jacques, Art. 45 AP-LMP, Concours, DC 4/2008, 198-199
- Dubey Jacques, Art. 76 AP-LMP : Effet suspensif, DC 4/2008, 202-204.
- Esseiva Denis, Art. 9 ss AP-LMP : Les procédures de passation, DC 4/2008, 187-188
- Fetz Marco, Rechtsprechung zum öffentlichen Beschaffungsrecht des Bundes : der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (1996-2006), des Bundesverwaltungsgerichtes (2006-2008), inoffizielle Zusammenfassungen der wichtigsten Entscheide ab 1996 bis und mit 2008, Berne/Zurich 2009
- Fetz Marco, Konjunkturprogramme – Das Beschaffungsrecht vor neuen Herausforderungen, Revue de l'acheteur 6-7/2009, 4-5
- Gauch Peter, Von den Submissionsangeboten, die angeblich keine Vertragsofferten sind, Einige Bemerkungen zu BGE 134 II 297 E. 4.2, DC 2/2009, 52ss

- Hettich Peter, Haegi Urs, Öffentliches Beschaffungsrecht : Ausschreibung bei Public Private Partnerships, PJA 2/2008, 238 ss
- Jäger Christoph, Die Vorbefassung des Anbieters im öffentlichen Beschaffungsrecht, Thèse, Zurich 2009
- Leuthold Alexis, Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren, Privatrechtliche und vergaberechtliche Aspekte, Thèse, Fribourg 2009
- Lutz Daniela, Art. 32 et 39 f. VE-BöB : Zuschlagkriterien und ihre Auswertung, DC 4/2008, 194
- Poledna Tomas, Do Canto Philipp, IT-Beschaffungen des Bundes : Freihändige Vergabe mit gebundenen Händen ?, Jusletter 18 mai 2009
- Poltier Etienne, Les pouvoirs adjudicateurs. Champ d'application personnel du droit des marchés publics, PJA 2008, 1107-1123
- Steiner Marc, Nachhaltige Beschaffung und Vergaberecht, Revue de l'acheteur 8/2009, 12-15
- Stöckli Hubert, Art. 38 VE-BöB : Änderungen der Anforderungen an die Leistung und der Beurteilungskriterien, DC 4/2008, 195-196
- Stöckli Hubert, Art. 43 und 43a VE-BöB : Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Nichtigkeitsfolge bei unzulässigem Vertragsschluss, DC 4/2008, 196-198
- Zufferey Jean-Baptiste, Art. 25-29 et 56, 57 AP-LMP : Exclusion, révocation et interruption, DC 4/2008, 191-193
- Zufferey Jean-Baptiste, La langue du contrat dans les marchés publics fédéraux en Suisse romande et au Tessin, DC 1/2009, 12-13
- Zufferey Jean-Baptiste, Esseiva Denis, L'arbitrage et la médiation dans les procédures de marchés publics et privés - A l'occasion de l'adoption des nouveaux Règlements SIA 142 (Concours) et 143 (mandats parallèles), DC 2/2009, 44-50

**Europe
(petite sélection)**

- Beth Elodie, OECD principles for integrity in public procurement, Paris 2009
- De Koninck Constant, Thiel Patrick, Marchés publics : 2009, Bruxelles/Larcier 2009
- Gruber Gunter, Gruber Thomas, Mille Annemarie, Sachs Michael, Public procurement in the European Union : directives and case law as at 1 February 2009, 2e éd, Vienne 2009
- Meyer Timm, EU-Legislativpaket für öffentliche Aufträge, Materialienband EU-Vergaberecht 2009

Jurisprudence**Tribunal fédéral
(TF)**

- ATF 134 II 192, arrêt du 29 avril 2008, IIe Cour de droit public, (résumé dans les fiches de l'année 2008/09) est traduit en français dans SJ 2009 I 197 ss.
- 2D_102/2008, arrêt du 26 septembre 2008, IIe Cour de droit public ; recours irrecevable.
- 2C_739/2008, ordonnance du 4 novembre 2008, IIe Cour de droit public ; refus d'octroi de l'effet suspensif dans un recours déposé contre un marché public où le TAF est pouvoir adjudicateur (direction du projet TAF St-Gall) et où le TF statue en 1ère et dernière instance. Art. 103 al. 1 LF : en règle générale, le recours n'a pas d'effet suspensif ; il en résulte que l'effet suspensif ne peut être octroyé qu'exceptionnellement ; le recourant doit faire valoir et rendre vraisemblable des motifs légitimes particuliers en faveur de l'effet suspensif ; le seul intérêt économique à ce que la décision d'adjudication soit annulée ne suffit pas ; le recourant doit démontrer une probabilité prépondérante quant au bien-fondé du recours ou des circonstances démontrant que l'urgence – qui est présumée – à la réalisation du marché n'existe pas (inversion du fardeau de la preuve). L'assujettissement du marché en cause à la LMP n'est pas certain. Sur le fond, voir l'arrêt du 8 janvier 2009, résumé ci-dessous.
- ATF 134 II 297 (2D_64/2008), arrêt du 5 novembre 2008, IIe Cour de droit public (Commentaires : Beyeler in recht 2009, 34 ss ; Gauch in DC 2/2009, 52 ss.). Marché public de services passé par une association de communes pour l'élimination de ses déchets ; demande du 1er adjudicataire de modifier dans le contrat la quantité de déchets prévues dans l'adjudication ; refus de la commune qui adjuge au 2e soumissionnaire le mieux placé ; acceptation tardive du contrat par le 1er adjudicataire ; qualification juridique des offres des soumissionnaires.
- Consid. 2 : reprise de la *Zweistufen-theorie* (2.1). Le contrat conclu avec l'adjudicataire peut relever soit du droit administratif, soit du droit privé ; un contrat de droit administratif a directement pour objet de déléguer la réalisation d'une tâche publique ou concerne un objet réglé par le droit public (expropriation, subvention) ; en revanche, il y a contrat de droit privé si l'Etat – par le biais d'un contrat de vente, d'entreprise ou de mandat (*blasse Hilfstätigkeit*) – se procure les moyens dont il a besoin pour réaliser ses tâches publiques (2.2).
- Consid. 3 : en l'espèce, l'élimination des déchets est une tâche publique (art. 31b LPE) que les cantons peuvent toutefois déléguer aux communes (art. 43 LPE) qui peuvent, à leur tour et selon la législation cantonale concernée, la confier à des

entreprises privées (3.1). La distinction entre délégation de tâche publique et *blosse Hilfstätigkeit* est mouvante, de sorte qu'il faut laisser au législateur (*in casu* le canton) la compétence de fixer la nature (de droit administratif ou de droit privé) de tels contrats. La loi cantonale ne prévoyant rien en l'espèce, le TF admet que le contrat soit qualifié de droit privé : d'une part, les parties ont manifesté d'emblée leur volonté de conclure un contrat de droit privé par le fait que le contrat litigieux renvoie au CO et contient une clause d'élection de for ; d'autre part, le service peut en l'espèce être qualifié de (simple) prestation accessoire (*Hilfsleistung*) à l'accomplissement d'une tâche publique, vu la nature détaillée de l'accord qui laisse peu de marge de négociation à l'entreprise privée.

- Consid. 4 : l'adjudication n'implique pas une obligation de contracter (4.1). Les soumissions déposées par les entreprises ne constituent pas des offres en vue de la conclusion d'un contrat. Les négociations – qui ne peuvent concerner que des points non essentiels du contrat – commencent seulement après la décision d'adjudication (4.2). En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a adressé au 1er adjudicataire une proposition de contrat le 26 mai 2006, qui correspondait aux documents d'appel d'offres et à l'offre retenue ; l'adjudicataire a demandé une modification qui a été refusée par le pouvoir adjudicateur le 25 juillet 2006 au motif qu'il n'est plus possible de modifier un élément essentiel après l'adjudication ; le 27 juillet 2006, le pouvoir adjudicateur a communiqué une nouvelle adjudication au 2e soumissionnaire le mieux placé ; le 28 juillet 2006, le 1er adjudicataire a retourné le contrat signé au pouvoir adjudicateur. Selon le TF, le pouvoir adjudicateur n'est plus lié par son offre de contrat après l'échéance d'un délai raisonnable dans lequel il pouvait s'attendre à une réponse (art. 5 CO) ; considérant que tous les éléments essentiels du contrat sont déjà contenus dans les documents d'appel d'offres et dans l'offre retenue, le délai de réflexion peut être relativement bref, de sorte que le pouvoir adjudicateur n'était plus lié par son offre après une période de 2 mois (4.3.1). Tant que la décision d'adjudication avec le 1er adjudicataire reste en force, le pouvoir adjudicateur ne peut pas conclure un contrat portant sur le même objet avec un autre partenaire. Si le pouvoir adjudicateur ne veut plus attribuer le marché au 1er adjudicataire, mais à un tiers, il doit révoquer formellement sa décision d'adjudication (et cas échéant de répéter toute la procédure de passation), puis procéder à une nouvelle adjudication du marché en cause (4.4).
- Consid. 5 : le fait que le pouvoir adjudicateur a résilié le 26 juillet 2006 et avec effet au 31 juillet 2006 le contrat provisoire passé

avec le 1er adjudicataire (jusqu'à la fin de la procédure de recours ouverte par un concurrent) constitue une résiliation en temps inopportun selon l'art. 404 al. 2 CO. Dès lors que le 1er adjudicataire avait déjà opéré la levée des déchets durant 5 ans à pleine satisfaction et que le pouvoir adjudicateur venait de lui ré-adjuger ce marché pour 5 autres années, on ne peut parler de rupture du rapport de confiance, et cela même si les négociations contractuelles s'étaient mal passées. Il se justifie de réparer le dommage causé du fait de la résiliation en temps inopportun (CHF 10'800.- couvrant les salaires des employés dont les contrats de travail ne pouvaient pas être résiliés à bref délai par le 1er adjudicataire).

- 2D_87/2008, arrêt du 10 novembre 2008, IIe Cour de droit public. Concours d'architecture en procédure sélective. Recours contre le rejet d'une candidature à l'issue de la 1ère phase de la procédure sélective. Recours constitutionnel subsidiaire.
- Consid. 1.6 : la violation du principe de la transparence n'étant pas un droit constitutionnel au sens de l'article 116 LTF, ce grief ne peut être examiné dans le cadre d'un recours constitutionnel subsidiaire que dans la mesure où il se confond avec celui de l'arbitraire.
- Consid. 4.2 : il n'est pas arbitraire (art. 9 Cst.) de faire preuve de souplesse dans l'appréciation des conditions formelles figurant dans la mise au concours – en l'occurrence, l'admission des dossiers qui dépassaient le nombre de pages autorisé ou qui ne contenaient pas de copie pdf du dossier sur CD –, si la méthode retenue par le jury n'a eu aucune incidence sur l'analyse et la comparaison des dossiers présentés.
- Consid. 5 : pour contester les critères de sélection publiés dans la mise au concours, les recourants auraient dû agir dans le délai de 10 jours dès la publication de cette dernière (art. 15 al. 2 AIMP). Ils ne peuvent plus remettre en cause lesdits critères dans le cadre du recours cantonal contre la décision rejetant leur candidature.
- 2C_458/2008, arrêt du 15 décembre 2008, IIe Cour de droit public. Offre incomplète. Recours constitutionnel subsidiaire.
- Consid. 2 : les offres doivent être remises complètes et peuvent à défaut être exclues du marché. En l'occurrence, les offres remises par le recourant étaient lacunaires et fournissaient des données non utilisables (sur les heures de travail des différentes catégories de collaborateurs). L'erreur commise ne constitue pas une faute involontaire de forme ou une donnée ambiguë sur lesquelles il aurait été permis de demander des explications ultérieurement.
- Consid. 3.1 : la possibilité d'évincer une offre incomplète est limitée par l'interdiction du formalisme excessif et le principe de

proportionnalité. L'éviction suppose une erreur d'une certaine importance, susceptible d'influencer le résultat de la procédure de passation. En particulier, la conformité des offres aux conditions posées dans les documents d'appel d'offres ne doit pas être évaluée de façon excessivement restrictive lorsqu'il s'agit de travaux publics complexes, car il est dans de tels cas presque inévitable que subsistent des erreurs ou imprécisions dans les offres déposées.

- Consid. 3.3 : en l'espèce, les lacunes étaient conséquentes, car le prix horaire moyen demandé par le soumissionnaire dépend fortement du tarif horaire de chaque catégorie de collaborateurs et de la subdivision des heures de travail entre chacune de ces catégories. Les exigences formulées dans l'appel d'offres avaient un impact sur l'adjudication, car elles se reflétaient dans plusieurs des critères d'adjudication. Enfin, les autorités cantonales jouissent d'une certaine marge d'appréciation dans l'évaluation de la conformité des offres aux prescriptions de la documentation relative à l'appel d'offres.
- 2C_559/2008, arrêt du 17 décembre 2008, IIe Cour de droit public. Appel d'offres prévoyant que les offres peuvent être déposées en allemand ou en italien (idem pour les questions posées à propos de l'appel d'offres), mais imposant l'allemand comme langue unique pour la conclusion ultérieure du contrat, dans le cadre d'un marché de travaux passé par Alp Transit pour la galerie de base du Ceneri. Recours en matière de droit public contre l'arrêt du TAF du 17 juillet 2008, ATAF 2008/60, (Commentaire Zufferey *in* : DC 1/2009, 12-13). Il faut d'abord revenir sur l'historique de l'affaire :
ATAF 2008/60 du 17 juillet 2008, Cour II (B-1982/2008) : décision résumée *infra*.
- TF 2C_559/2008, ordonnance du 15 septembre 2008, Président de la IIe Cour de droit public : octroi de l'effet suspensif au recours déposé par Alp Transit visant à ne pas publier le dispositif de la décision du TAF, au motif que le délai de dépôt des offres était presque échu, de sorte les soumissionnaires intéressés avaient probablement déjà déposé leurs offres ou étaient sur le point de le faire, de sorte que la publication du dispositif de l'arrêt du TAF ne s'imposait plus.
- TF 2C_559/2008, arrêt du 17 décembre 2008, IIe Cour de droit public :
- Consid. 1 : recours en matière de droit public : la condition d'une «question juridique de principe» (art. 83 let. f ch. 2 LTF) s'applique de manière restrictive. La solution se justifie, car la fermeture de la voie ordinaire du recours en matière de droit

public laisse subsister, d'une part, le recours constitutionnel subsidiaire pour les marchés cantonaux et, d'autre part, le recours au Tribunal administratif fédéral pour les marchés fédéraux dont la valeur est supérieure aux seuils fixés par la loi (art. 27 al. 1 LMP). De plus, cette possibilité de recours au TF n'a été introduite que durant les débats parlementaires et est contraire à l'objectif principal de la révision qui était de décharger le TF. Il ne suffit pas que la question juridique soulevée dans le recours n'ait encore jamais été tranchée par le TF. Elle doit encore être susceptible de se reposer à l'avenir dans des cas analogues, de sorte que la solution adoptée par le TF pourra servir de référence pour la pratique. De plus, il faut qu'il s'agisse d'une question juridique ouverte ou controversée dont la portée est telle qu'elle nécessite une clarification de la part du TF. Il doit s'agir d'un problème inhérent au régime juridique en matière de marchés publics. Ce qui est déterminant est l'importance générale de la question litigieuse, et non pas sa signification ou ses répercussions pour les parties en cause dans le cas d'espèce.

- Consid. 2.3 : la question de la langue contractuelle stipulée dans une clause de l'appel d'offres (l'allemand) n'est pas une question juridique de principe. Même si le quadrilinguisme et le respect des langues minoritaires par les autorités fédérales sont des questions sensibles, celles-ci ne concernent pas de manière directe le régime juridique des marchés publics. Reprise de la *Zweistufentheorie* : il faut distinguer d'abord la phase de la procédure de passation, qui se conclut par une décision d'adjudication, et ensuite la phase contractuelle en règle générale soumise au droit privé et qui aboutit à la conclusion du contrat. Les aspects linguistiques propres au droit des marchés publics sont ceux relatifs à la documentation d'appel d'offres, aux offres elles-mêmes et aux décisions prises dans la procédure de passation. La détermination de la langue du contrat concerne la phase contractuelle postérieure à la procédure de passation et à l'adjudication, de sorte qu'elle n'est pas inhérente et caractéristique au domaine des marchés publics. Le recours en matière de droit public est irrecevable.
- Consid. 2.4 : dans un *obiter dictum*, le TF conteste l'argument d'Alp Transit selon lequel le fait de ne pas pouvoir imposer l'allemand comme seule langue du contrat mettrait en péril la réalisation des objectifs poursuivis par la Confédération, car le personnel d'Alp Transit a démontré qu'il dispose des compétences nécessaires pour gérer des procédures nombreuses, aussi exclusivement en italien, même s'il s'agissait de marchés moins importants et moins complexes. Le pouvoir adjudicateur a élaboré pour le marché en cause une documentation d'appel d'offres volumineuse en italien,

en particulier une dizaine de classeurs (qui constituent la base pour la formulation du contrat) et même le projet de contrat en italien qui figure dans la même documentation. En conséquence, l'usage de l'italien ne causerait pas à Alp Transit des problèmes organisationnels ou financiers, ni ne l'empêcherait de mettre à profit le *know-how* acquis dans les procédures relatives au tunnel de base du St-Gotthard.

- 2C_739/2008, arrêt du 8 janvier 2009, IIe Cour de droit public. Marché public où le TAF est pouvoir adjudicateur (direction du projet TAF St-Gall) et où le TF statue en 1ère et dernière instance.
- Consid. 3 : en raison du fait que le TAF fonctionne en l'espèce comme pouvoir adjudicateur, la voie de recours prévue par la LMP (au TAF) ne s'applique pas en l'espèce. Le fait que le TF fonctionne comme la 1ère instance de recours ne change rien à l'obligation (art. 42 al. 2 LTF) pour le recourant de démontrer qu'il s'agit d'une question juridique de principe au sens de l'article 83 let. f LTF. Dans la mesure où le mémoire ne satisfait pas à cette exigence de motivation qualifiée, le recours est irrecevable. Au surplus, dès lors que l'objet de recours est une décision du TAF, il ne peut pas non plus être admis comme recours constitutionnel subsidiaire ouvert seulement contre les décisions cantonales de dernière instance conformément à l'article 113 LTF (consid. 3.4). De ce fait, la question de savoir si le TAF constitue un pouvoir adjudicateur assujetti à la LMP et celle de savoir si l'art. 6 par. 1 CEDH et l'art. 29a Cst. imposeraient néanmoins d'ouvrir une voie de recours ne sont pas traitées.
- ATF 135 II 49 (2C_484/2008), arrêt du 9 janvier 2009, IIe Cour de droit public (commentaire Esseiva *in* DC 2/2009, 74). Concessions et marchés publics ; appel d'offres lancé par la Ville de Genève pour le renouvellement de la concession d'affichage papier sur le domaine public pour 5 ans, et imposant au concessionnaire d'assurer la mise en place et la gestion d'un système de vélos en libre-service.
- Consid. 1.3 : recours en matière de droit public : comment déterminer l'existence d'une question juridique de principe selon l'art. 83 let. f LTF lorsque l'objet du litige sur le fond consiste à savoir si l'on est bien en présence d'un marché public. Dans un tel cas, il suffit, au stade de la recevabilité, que le recourant rende vraisemblable que, sur la question litigieuse, les conditions fondant la compétence du TF sont remplies (par analogie, la théorie de la double pertinence développée en droit international privé, ATF 131 III 153, consid. 5.1). Il peut arriver qu'une question déjà résolue par le TF revête néanmoins la qualité d'une question juridique de principe. Tel est notamment le cas si la

jurisprudence rendue sur le sujet n'est pas claire ou n'est pas constante ou si elle suscite d'importantes critiques dans la doctrine. Condition remplie en l'espèce.

- Consid. 4.1 : l'art. 2 al. 7 LMI relatif aux concessions de monopoles cantonaux ou communaux, est entré en vigueur quelques jours après l'appel d'offres litigieux, de sorte que son application au cas d'espèce est douteuse. En outre, son champ d'application et sa portée ne sont pas clairs. Enfin, dès lors que les règles sur les marchés publics sont applicables directement, l'art. 2 al. 7 LMI est inapplicable en vertu du principe *lex specialis derogat legi generali*.
- Consid. 4.2 et 4.3 : dans l'ATF 125 I 209, le TF avait jugé que l'octroi du monopole d'affichage publicitaire sur le domaine public ne relevait pas du droit des marchés publics. Une telle concession n'entrait pas dans la notion de marché public. Les autres prestations demandées au concessionnaire (installation et entretien d'éléments de mobilier urbain, affichage en faveur de la collectivité publique) étaient "accessoires" au monopole d'affichage et car le concessionnaire exerçait son activité commerciale à ses risques et profits (consid. 6b de l'ATF 125 I 209). La doctrine a abondamment commenté cet arrêt (consid. 4.3).
- Consid. 4.4 : suite aux critiques de la doctrine et à l'évolution de la pratique qui comporte toujours plus de cas de figure juridiquement et économiquement complexes, il convient de préciser l'ATF 125 I 209 afin d'éviter qu'une collectivité publique ne détourne l'application des règles sur les marchés publics par le biais de l'octroi d'une concession. Tel est notamment le cas lorsque la collectivité publique subordonne l'octroi d'une concession à des contre-prestations d'une certaine importance, dissociables de la concession et qui entrent clairement dans la notion de marché public. Dans un tel cas, il se justifie de soumettre l'acquisition de telles prestations aux garanties procédurales propres au droit des marchés publics.
- Consid. 5 : en l'espèce, les prestations liées au système de vélos en libre-service sont exigées dans le cadre de l'octroi d'une concession d'affichage public ; l'octroi de cette concession, en tant qu'il porte sur l'affichage public, échappe aux exigences du droit des marchés publics, sous réserve des conséquences à tirer de l'art. 2 al. 7 LMI (consid. 5.1). En revanche, les prestations liées au système litigieux de vélos en libre-service doivent être soumises aux règles sur les marchés publics : ce système constitue pour l'autorité concédante un moyen de réaliser une tâche publique, notion qui doit être définie largement et qui englobe toutes les activités qui favorisent un intérêt public (*in casu*,

promouvoir la mobilité douce en ville); il est parfaitement dissociable de la concession d'affichage; il a un prix qui correspond à la diminution du montant offert par le soumissionnaire pour la redevance d'affichage, ce qui constitue une forme de rémunération selon l'art. II par. 2 AMP; la fourniture des vélos, leur entretien et les autres prestations liées aux stations automatiques constituent des marchés de fournitures et de services, voire de travaux, au sens de l'art. 6 AIMP; enfin, le système de vélos en libre-service ne peut, vu sa nature et son importance, être assimilé à une simple prestation accessoire à la concession d'affichage.

- 2D_8/2009, arrêt du 26 février 2009, IIe Cour de droit public; adjudication par la Ville de Genève du marché de traitement, de la valorisation et de recyclage des déchets encombrants. Effet suspensif refusé.
- Consid. 3.4: la décision sur l'effet suspensif se fonde sur la situation existant au moment de l'adjudication.
- Consid. 3.4 et 3.5: le TA GE n'est pas tombé dans l'arbitraire en admettant *prima facie* la manière dont les qualités environnementales de l'offre de la recourante avaient été évaluées. (prise en compte du fait que la recourante ne disposait pas encore, au moment de l'adjudication, d'un terrain situé dans le périmètre requis, pour entreposer les déchets).
- 2C_634/2008, arrêt du 11 mars 2009, IIe Cour de droit public: communauté des soumissionnaires. Recours constitutionnel subsidiaire.
- Consid. 3.4: l'appel d'offres excluait en l'espèce la participation de communautés de soumissionnaires. Il appartient en principe au pouvoir adjudicateur de fixer les exigences relatives à la forme juridique des soumissionnaires. L'interdiction des communautés de soumissionnaires peut notamment être justifiée lorsque les fournisseurs sur le marché en question sont peu nombreux et lorsqu'une telle interdiction permet de maintenir une situation de concurrence. Une communauté des soumissionnaires constitue un regroupement des sociétés indépendantes qui soumet une offre commune. En l'espèce, deux sociétés étroitement liées et dirigées par la même personne ne sauraient être qualifiées de « communauté des soumissionnaires », d'autant plus qu'elles n'étaient pas en rapport de concurrence entre elles.
- 2C_890/2008, arrêt du 22 avril 2009, IIe Cour de droit public. Recours constitutionnel subsidiaire pour violation du droit d'être entendu. Rejeté.
- Consid. 5.3.1: dès le moment où on peut discerner les motifs qui ont guidé le raisonnement des premiers juges, le droit à une

décision motivée est respecté, sans égard au bien-fondé de la motivation litigieuse. Cet aspect de la décision ne peut éventuellement être remis en cause que par l'invocation d'autres droits constitutionnels, comme la protection contre l'arbitraire (art. 9 Cst.).

- Consid. 5.3.3 : refus de communiquer des informations peut être justifié par des motifs liés à la protection du secret des affaires.
- 2C_877/2008, arrêt du 5 mai 2009, IIe Cour de droit public : contestation de l'offre de l'adjudicataire en raison du tarif horaire particulièrement avantageux appliqué au calcul des honoraires d'ingénieur (tarif de l'adjudicataire inférieur de 29.3% à celui de la recourante). Prix de *dumping* ?
- Consid. 5.1 : la référence à la norme SIA 103 dans le calcul des honoraires n'empêche pas le dépôt d'une offre particulièrement concurrentielle dans l'objectif de remporter le marché.
- Consid. 6.1 : la documentation transmise aux entreprises invitées à participer au marché prévoyait expressément l'admissibilité d'offres inférieures de 30% au devis de référence.
- Consid. 6.2 : la législation cantonale tessinoise, à l'instar de celle de la majorité des autres cantons, ne prévoit plus l'exclusion d'une offre au seul motif que celle-ci ne couvre pas les coûts effectifs. Il faut qu'il y ait d'autres motifs permettant de douter de la capacité du soumissionnaire d'accomplir le mandat de façon adéquate. Un prix particulièrement attractif peut toutefois constituer un indice d'une offre peu sérieuse et fiable. Pour cette raison, les normes tessinoises prévoient la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de demander des explications au soumissionnaire en cas d'offre insolite plus basse que les autres, afin de s'assurer du respect des conditions de participation et des exigences relatives au marché en cause. En l'espèce, l'adjudication ne peut pas être considérée comme manifestement insoutenable, l'adjudicataire ayant pu justifier l'application du tarif avantageux, son offre comportant les taux d'occupation de ses collaborateurs et les tarifs horaires de ceux-ci, ainsi que les attestations de respect des conventions collectives de travail, du paiement des cotisations sociales et des impôts.
- 2C_144/2009, arrêt du 15 juin 2009, IIe Cour de droit public, travaux de menuiserie : illicéité d'une décision d'adjudication qui n'a pas tenu compte du caractère incomplet de l'offre de l'adjudicataire. Cette dernière contenait seulement une liste de référence de cinq dernières années, mais n'était accompagnée ni des copies de diplômes attestant de l'aptitude professionnelle du responsable de l'exécution des travaux et des collaborateurs, ni d'attestations sur leurs années d'expérience. L'adjudicataire avait

au surplus omis d'indiquer dans l'offre le nom du responsable de l'exécution des travaux. Or, le document d'appel d'offre exigeait de tous les soumissionnaires non inscrits sur une liste permanente des prestataires qualifiés, qu'ils fournissent les photocopies de diplômes, brevets, maîtrises ou certificats de capacité « avec années d'expérience attestant de l'aptitude professionnelle du responsable de l'exécution des travaux et/ou de ses collaborateurs ».

- Consid. 1.3 : la vérification de l'aptitude des soumissionnaires (inscrits ou non sur une liste permanente) au regard des principes de l'égalité de traitement et de la concurrence efficace a déjà fait l'objet d'une abondante jurisprudence et ne constitue pas une question juridique de principe. C'est uniquement l'application de ces principes au cas d'espèce qui est litigieuse. Recours en matière de droit public irrecevable et recours constitutionnel subsidiaire recevable.
- Consid. 5-6 : les soumissionnaires déjà inscrits sur une liste permanente de prestataires qualifiés doivent confirmer qu'ils remplissent les critères d'aptitudes, alors que les soumissionnaires non inscrits doivent apporter la preuve de leur aptitude. Une différence de régime quant aux preuves à produire pour attester du respect des critères d'aptitudes entre les soumissionnaires déjà inscrits et ceux non inscrits sur une telle liste, permet de rétablir l'égalité de traitement entre ces deux groupes. En effet, les premiers doivent déjà prouver qu'ils remplissent les exigences d'aptitudes professionnelles requises au moment de leur inscription sur les listes permanentes (5.1). Le Tribunal cantonal est tombé dans l'arbitraire et a violé le principe d'égalité de traitement de l'article 11 let. a AIMP en retenant que, à elle seule, une liste de références des cinq dernières années était suffisante pour s'assurer de l'aptitude du soumissionnaire adjudicataire non inscrit sur une liste permanente (5.2). Est aussi arbitraire l'application des dispositions du droit valaisan prévoyant l'exclusion des offres incomplètes, car l'offre litigieuse ne comportait ni le nom du responsable de projet, ni ses diplômes (consid. 6.1-6.2).
- 2D_12/2009, arrêt du 18 juin 2009, IIe Cour de droit public : frais et dépens mis à charge du soumissionnaire recourant qui a retiré son recours cantonal contre une décision d'adjudication. Pas d'arbitraire. En concluant le contrat faisant l'objet du marché public alors que la décision du TA rejetant l'effet suspensif n'était pas encore définitive, le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire n'ont pas adopté un comportement abusif.

**Tribunal
administratif
fédéral (TAF)**

- ATAF 2008/60, arrêt du 17 juillet 2008, Cour II (B-1982/2008) (commentaire Zufferey, *in* : DC 1/2009, 12-13); qualité d'une association professionnelle pour recourir contre l'appel d'offres ; langue du contrat. Recours au TF contre la décision du TAF, discuté *supra* sous 2C_559/2008.
- Consid. 1.3.1 et 1.3.2 : le TAF admet la qualité pour recourir d'une association professionnelle au sens de l'art. 48 PA et 26 al. 1 LMP (en l'espèce la section tessinoise de la Société suisse des entrepreneurs), au moins à un stade précoce de la procédure de passation, car un grand nombre de ses membres sont susceptibles d'être adjudicataires ou de participer à un consortium comme soumissionnaires. Au stade d'un recours contre l'appel d'offres, il suffit d'être un participant potentiel et on ne saurait exiger du recourant d'avoir déjà formellement participé à la procédure « formelle *Beschwer* ».
- Consid. 4.4 et 4.5 : la LMP ne contient pas de règle relative à la langue du contrat, mais seulement en ce qui concerne la langue de l'appel d'offres et de l'adjudication (publication au moins dans la langue officielle du lieu d'exécution des travaux, résumé éventuel dans une langue de l'OMC), qui été respectée. En outre, la/les langue(s) pour le dépôt des offres doivent être précisée(s) dans l'appel d'offres ou les documents d'appel d'offres (ch. 6b de l'annexe 4 à l'OMP et ch. 3 de l'annexe 5 à l'OMP). Cependant, imposer l'allemand comme seule langue officielle du contrat viole le principe d'égalité de traitement et l'interdiction de discrimination (art. 1 al. 2 et art. 8 al. 1 let. a LMP), car cela peut influencer négativement la participation de soumissionnaires régionaux potentiels (de langue italienne) au marché, en favorisant les soumissionnaires de langue allemande. Au surplus, il n'y a pas de raison sérieuse de limiter la langue du contrat à l'allemand : la solution choisie par le pouvoir adjudicateur est contradictoire et incohérente, dans la mesure où les documents d'appel d'offres étaient disponibles dans les deux langues, où ces documents comportaient même des projets de contrats tant en allemand qu'en italien, où les offres pouvaient être déposées dans les deux langues (allemand et italien), où tous les autres contrats antérieurs relatifs au tunnel du Ceneri étaient en italien et avaient un for à Bellinzona (et non à Lucerne).
En conséquence, le TAF annule le point litigieux de l'appel d'offres selon lequel « la langue du contrat est l'allemand » et ordonne à Alp Transit de publier ce dispositif à la FOSSC dans les 8 jours (mais sans toutefois imposer la conclusion du contrat en italien).
- ATAF 2008/48, arrêt du 25 septembre 2008, Cour II (B-1773/2006). Champ d'application *ratione materiae* de la LMP :

marché de services portant sur la surveillance et la conciergerie des bâtiments et installations de l'Institut Paul Scherrer, services

partiellement soumis et partiellement non soumis à la LMP. Droit à une protection juridictionnelle garantie par la CEDH et la Cst. ?

- Consid. 2-3 : le recours au TAF n'est recevable que dans les limites du champ d'application de la LMP (consid. 2.1). L'annexe 4 de l'appendice 1 à l'AMP contient sous la forme d'une liste positive l'énumération exhaustive des services qui sont soumis à l'AMP, et par conséquent également à la LMP. Tous les autres services sont exclus du champ d'application de la LMP (consid. 2.2 et 2.3). Application de la CPC pour l'interprétation de la liste de l'annexe 4 (consid. 3.4).
- Consid. 4.3-4.9 : la LMP n'est pas applicable lorsque seule une partie mineure d'un marché comprenant plusieurs services entre dans son champ d'application. Un marché de services soumis à la LMP ne doit pas être combiné avec un service non soumis à cette loi dans le but de soustraire le marché entier à l'application de la LMP. En l'espèce, les services de sécurité, non soumis à la LMP, représentaient 2/3 du volume du marché. Il n'y a en outre aucune volonté de contourner l'application de la loi, dès lors que le pouvoir adjudicateur lui-même considère impossible une scission du marché entre services assujettis et non assujettis, le personnel engagé par l'adjudicataire étant appelé à collaborer aux deux types de services. En conséquence, la totalité du marché relève des « autres marchés » prévus au chapitre 3 de l'OMP, pour lesquels un recours est exclu.
- Remarque : la solution retenue par le TAF correspond, sans la citer, à la décision non publiée CRM 2003-025 du 17 mars 2004, consid. 1.e. selon laquelle un marché mixte doit être passé globalement selon la procédure applicable aux services (prioritaires ou non prioritaires) dont la valeur est prédominante. Il n'existe aucune obligation de diviser le marché afin d'attribuer par deux procédures distinctes les services prioritaires et non prioritaires, sous réserve d'un regroupement artificiel de services prioritaires et non prioritaires afin d'échapper à l'application du droit des marchés publics (dans ce sens aussi arrêt CJCE Felix Swoboda, C-411/00, Rec. 2002 I-10567, 47-58).
- Consid. 5.1-5.3 : pour des raisons de droit intertemporel (principe de non-rétroactivité), la compétence du TAF fondée sur l'art. 29a Cst. ne peut être admise que pour les adjudications intervenues après l'entrée en vigueur de la réforme judiciaire (1.1.2007). Indépendamment des considérations intertemporelles, le TAF ne peut guère affirmer sa propre compétence au-delà du champ d'application de la LMP, au motif que la garantie de l'accès au juge

de l'art. 29a Cst. l'exigerait ; il est tenu d'appliquer les lois fédérales en vertu de l'art. 190 Cst.

- Consid. 5.4 : l'art. 6 ch. 1 CEDH ne confère pas non plus un droit à une protection juridictionnelle pour un marché passé par la Confédération en dehors du champ d'application de la LMP, dès lors qu'un tel droit est exclu par une règle générale et abstraite de droit interne. La liberté économique (art. 27 Cst.) ne fonde pas un droit individuel à une application de la LMP exempte d'erreurs juridiques.
- TAF B-4621/2008, décision incidente du 6 octobre 2008, Cour II. Méthode linéaire de notation du prix ; soumissionnaire préimpliqué ayant préalablement collaboré avec le pouvoir adjudicateur et susceptible de tirer avantage de cette collaboration antérieure (*Vorbefassung*).
- Consid. 3 : une méthode linéaire de notation de prix, communiquée dans la documentation d'appel d'offre, ne viole pas le principe de transparence (art. 1 al. 1 let. a LMP). Le terme « linéaire » n'est pas un concept indéterminé nécessitant une interprétation.
- Consid. 5 : l'art. VI para. 4 AMP relatif au « dialogue technique » prévoit que le pouvoir adjudicateur n'accepte pas et ne sollicite pas d'avis en vue de la préparation d'un marché public, de la part d'une entreprise qui pourrait avoir un intérêt commercial dans ce marché, d'une manière qui aurait pour effet d'empêcher la concurrence. Le TAF reprend la jurisprudence du TF et de l'ancienne CRM, qui exige une « pré-implication qualifiée ». La collaboration antérieure d'un soumissionnaire avec le pouvoir adjudicateur en vue de la préparation de l'offre est admissible pour autant que l'avance qui en résulte en terme de connaissances (*Wissensvorsprung*) pour ce soumissionnaire soit de faible ampleur ou que la collaboration antérieure de celui-ci ait un caractère accessoire, ou encore lorsque la prestation faisant l'objet du marché ne peut être fournie que par quelques rares soumissionnaires ou que les connaissances antérieures acquises sont aussi communiquées aux autres soumissionnaires, de manière à garantir l'égalité des chances entre les soumissionnaires. La collaboration antérieure n'est pas purement annexe lorsque le soumissionnaire pré-impliqué a été chargé par le pouvoir adjudicateur de la phase de planification ou de projet, lorsqu'il a établi des études ou avant-projets relatifs au marché en cause et a dans ce but étudié l'ensemble du dossier de manière approfondie, ou lorsqu'il a préparé une partie importante ou la totalité des documents d'appel d'offres. En l'espèce, l'adjudicataire était le sous-traitant qui avait fourni le système actuellement en place (qui devait être remplacé dans le cadre du marché public en cause) et

elle avait participé au descriptif de ce système actuel inclus dans la documentation d'appel d'offres. Le TAF considère qu'il s'agit d'une collaboration antérieure de faible ampleur, qui n'a donné à l'adjudicataire qu'une avance de connaissance minimale. Il n'y a pas eu d'avantage concurrentiel pour l'adjudicataire, dans la mesure aussi où les informations relatives au système actuel ont été communiquées aux autres soumissionnaires dans la documentation d'appel d'offres, de sorte que l'égalité des chances a été respectée.

- TAF B-6177/2008, décision incidente du 20 octobre 2008, Cour II. Marché de fourniture d'appareils auditifs passé par les offices AVS/AI en procédure sélective ; publication d'un appel d'offres indiquant que le marché n'est pas soumis à l'AMP et relève des règles du CO, et excluant toute voie de recours. Effet suspensif.
- Consid. 3.6 : incertitude quant au pouvoir adjudicateur (AVS/AI ou OFAS); le marché paraît *prima facie* soumis à la LMP, car l'Office fédéral des assurances sociales fait partie des unités de l'administration énumérées à l'annexe 1 de l'appendice 1 à l'AMP et tombe de ce fait dans le champ de l'art. 2 al. 1 let. a LMP. Voir le jugement sur le champ d'application personnel du 25 novembre 2008, résumé *infra*.
- Consid. 5.2 : mesures provisoires partiellement admises. Lors d'un recours contre l'appel d'offres, surtout passé en procédure sélective, les mesures provisoires n'impliquent en règle générale pas la suspension complète de la procédure de passation, mais l'ordre pour le pouvoir adjudicateur de ne pas ouvrir les demandes de participation. Le coût résultant pour les entreprises de cette poursuite partielle de la procédure de passation reste acceptable. L'OFAS doit publier immédiatement un rectificatif à l'appel d'offres indiquant que la question de l'identification du pouvoir adjudicateur et celle de l'assujettissement du marché à l'AMP et à la LMP/OMP font l'objet d'un contrôle judiciaire pendant. Afin d'éviter que le pouvoir adjudicateur n'ait connaissance du nom des entreprises candidates (et qui seraient donc prêtes à participer à un appel d'offres), les demandes de participation doivent être envoyées au TAF avec la mention « confidentiel » et l'indication du numéro du recours.
- TAF B-3544/2008, décision sur les frais et dépens du 20 octobre 2008, Cour II. Règlement du 21.10.2008 sur les frais, dépens et indemnités fixés par le TAF (FITAF), RS 173.320.2. Application de la « règle des 10% » pour calculer l'émolument judiciaire, à savoir que la valeur litigieuse est estimée à 10% de la valeur du marché. Les autorités fédérales, y compris lorsqu'elles mandatent un avocat indépendant, n'ont pas droit à des dépens (art. 7 al. 3), contrairement à l'adjudicataire s'il est partie à la procédure de

recours.

- TAF B-6177/2008, décision incidente du 18 novembre 2008, Cour II. Marché de fourniture d'appareils auditifs passé par les offices AVS/AI en procédure sélective. Le pouvoir adjudicateur demande que le TFA lui communique le nom et l'identité des entreprises ayant déposé une demande de participation, car un trop petit nombre de participants, respectivement de participants disposant des qualifications requises et ayant accepté sans réserve les conditions figurant dans l'appel d'offres, rendrait nécessaire l'interruption du marché. Le TAF n'accepte de communiquer que le nombre exact total de demande de participations, sans les noms des entreprises. Il indique que le pouvoir adjudicateur doit se baser sur cet indice pour en tirer des conclusions, ce d'autant plus qu'un jugement sur le fond est proche (voir le jugement sur le champ d'application personnel de la LMP du 25 novembre 2008, résumé *infra*).
- ATAF 2008/61 : jugement partiel du 25 novembre 2008, Cour II (B-6177/2008 et B-6386/2008). Marché de fourniture d'appareils auditifs passé par les offices AVS/AI (l'OFAS ?) en procédure sélective ; publication d'un appel d'offres indiquant que le marché n'est pas soumis à l'AMP et relève des règles du CO, et excluant toute voie de recours. Champ d'application personnel de la LMP. Adjudications par l'OFAS pour des tiers (AVS/AI, voire assurés).
- Consid. 1.1 : la question de savoir si, dans un cas concret, il a été renoncé à juste titre à la procédure d'adjudication de la LMP, est soumise au contrôle juridictionnel, car dans le cas contraire une simple affirmation de l'inapplicabilité de la LMP permettrait aux pouvoirs adjudicateurs d'échapper à ce contrôle.
- Consid. 3.1 et 3.2 : la LMP est applicable seulement aux marchés soumis à l'AMP en vertu de l'annexe 1 de l'Appendice I à l'AMP.
- Consid. 3.3 et 3.4 : pour les adjudicateurs ne figurant pas à l'art. 2 al. 1 let. b-d LMP, le fait qu'ils possèdent la personnalité juridique doit être considéré tout au moins comme un indice de l'inapplicabilité de la LMP.
- Consid. 3.5.1 : la personnalité juridique de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS) et de l'assurance-invalidité (AI) est seulement partielle et ne s'étend pas au domaine des marchés publics.
- Consid. 3.5.2 : l'absence de personnalité juridique ne peut pas servir d'indice de l'appartenance de l'AVS et de l'AI à l'administration de la Confédération au sens de l'art. 2 al. 1 let. a LMP, car leur organisation est décentralisée et comprend des unités tant au niveau cantonal que fédéral. Le caractère fonctionnel de la notion d'adjudicateur et les tâches qui incombent à l'AVS et à l'AI militent en faveur de l'application du

droit des marchés publics. En l'espèce, il n'est pas déterminant que l'AVS et l'AI soient soumises ou non à la LMP en tant qu'adjudicatrices, mais il est déterminant de savoir si cela est le cas de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS).

- Consid. 3.6 : vu le but de l'art. 27 LAI en relation avec l'art. 24 al. 2 RAI, l'OFAS a la compétence non seulement de conclure des conventions tarifaires concernant des appareils auditifs pour l'AVS et l'AI, mais aussi d'émettre des appels d'offres dans ce domaine.
- Consid. 3.7.1-3.7.3 : l'OFAS est soumis à la LMP non seulement pour ses propres marchés (par ex. matériel de bureau), mais aussi pour les marchés destinés à l'AVS et à l'AI. Faute de personnalité juridique, l'AVS et l'AI ne peuvent pas conclure elles-mêmes des marchés, et en outre l'OFAS est leur seul organe en mesure de le faire. C'est pourquoi les Etats parties à l'AMP peuvent partir du principe que l'OFAS est soumis à l'AMP et à la LMP même lorsqu'il conclut des marchés pour l'AVS ou pour l'AI. Il n'en irait autrement que si une volonté contraire de la Suisse ressortait du libellé ou des travaux préparatoires de l'annexe 1 de l'appendice I à l'AMP.
- Consid. 3.8 : soumettre tous les marchés conclus par l'OFAS à l'AMP et à la LMP correspond aussi bien à une approche fonctionnelle qu'à la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends de l'OMC concernant les cas où une unité soumise à l'AMP et une unité non soumise doivent être considérées comme «juridiquement unifiées».
- Consid. 3.9 : lorsqu'il y a adjudicateur au sens de l'art. 2 al. 1 let. a LMP, et par conséquent compétence du Tribunal administratif fédéral, le tribunal saisi peut aussi examiner si le marché public contesté repose sur une base légale suffisante. Voir le jugement sur le fond du 13 février 2009, résumé *infra*.
- TAF B-6177/2008, décision incidente du 4 décembre 2008, Cour II. Marché de fourniture d'appareils auditifs passé par les offices AVS/AI en procédure sélective. Accès au dossier : pièces internes à l'administration. Refus.
- Consid. 5 : le droit d'accès au dossier porte sur toutes les pièces pertinentes pour la décision, à l'exclusion des actes internes à l'administration qui n'ont pas de caractère probant. Les actes internes servent uniquement à la formation interne de la volonté de l'administration et ne sont de ce fait destinés qu'à un usage interne à l'autorité (ex. projets, propositions, notices, corapports, notes). En revanche, ont un caractère probant et ne sont pas des actes internes les rapports et avis portant sur des questions de fait controversées. Constitue un acte interne à l'administration un

memorandum portant sur des questions de droit (ex. « l'assurance AI est-elle soumise aux règles sur les marchés publics ? »), et ne contiennent aucune constatation de fait. Un tel *memorandum* ne contribue pas à établir l'état de fait au sens de l'art. 12 PA et n'a pas valeur de preuve, de sorte qu'il faut lui reconnaître la qualité d'acte interne à l'administration.

- Consid. 6 et 8 : question de l'application de la loi fédérale sur la transparence (LTrans) du 17 décembre 2004, RS 152.3. L'intérêt à la confidentialité du memorandum en cause prime, au moins jusqu'à la fin de la procédure judiciaire.
- TAF B-6177/2008, décision incidente du 17 décembre 2008, Cour II. Marché de fourniture d'appareils auditifs passé par les offices AVS/AI en procédure sélective. Rejet de la demande de l'OFAS que toutes les écritures déposées par l'AVS et l'AI soient retirées du dossier judiciaire. Dès lors que la question de savoir qui était le pouvoir a été tranchée (jugement partiel du 25.11.2008), la situation est identique à un changement de partie, l'OFAS étant désormais reconnu comme pouvoir adjudicateur en lieu et place des offices AVS/AI.
- TAF B-7393/2008, décision incidente du 14 janvier 2009, Cour II (commentaire Beyeler *in* : DC 2/2009, 87). Offre incomplète quant aux moyens de preuve de l'aptitude ; exclusion. Rejet de l'effet suspensif

Appel d'offres pour des travaux de construction routiers, exigeant comme moyen de preuve pour le personnel-clé « un objet de référence de complexité comparable et dans le même domaine dirigé dans les 10 dernières années dans une fonction similaire ». Exclusion de l'offre d'un soumissionnaire dont le projet de référence n° 1 du chef de travaux désigné ne remplissait pas les conditions posées et dont les autres références concernaient des projets moins importants. Il s'agit d'une offre incomplète sur un point essentiel, de sorte qu'elle peut être exclue sans violation du principe de proportionnalité et sans risque de formalisme excessif. Il n'était pas non plus nécessaire que le pouvoir adjudicateur demande des renseignements supplémentaires au soumissionnaire. Le fait que le pouvoir adjudicateur connaissait en l'espèce les collaborateurs-clés du soumissionnaire, en raison de travaux antérieurs, n'y change rien.

Suite au rejet de l'effet suspensif, le recours a été retiré et l'affaire radiée par décision du 28 janvier 2009, Cour II.

- TAF B-6177/2008, arrêt du 13 février 2009, Cour II. Marché de fourniture d'appareils auditifs passé par les offices AVS/AI en procédure sélective.
- Consid. 3-4 : qualité pour recourir des associations, des fabricants

d'appareils auditifs, des commerçants de tels appareils et des réparateurs. La passation d'un marché public ayant pour effet de régir de manière nouvelle le marché (*marktordnende Beschaffungen*) a pour conséquence que les participants aux marchés sont confrontés à un « nouvel ordre économique » et de conférer au pouvoir adjudicateur une puissance d'achat notable sur le marché. Il en résulte qu'il faut accepter largement la qualité pour recourir, y compris pour les entreprises qui ne sont touchées que de manière indirecte et ne sont pas des fournisseurs potentiels.

- Consid. 6 : exigence d'une base légale pour l'appel d'offres, qui ne peut pas être en vigueur seulement à la date de l'adjudication (art. 14bis RAI introduit le 5.12.2008) ; question d'un effet rétroactif laissée ouverte.
- Consid. 7-8 : les art. 21 et 27 LAI constituent un compromis politique détaillé et exhaustif autorisant l'OFAS à conclure des conventions tarifaires avec les fournisseurs de moyens auxiliaires ou, à défaut de convention, permettant au Conseil fédéral de fixer les montants maximaux qui seront remboursés à l'assuré. Cette réglementation exclut que l'OFAS recourt à des marchés publics pour la fourniture d'appareils auditifs par un nombre limité de fabricants. Une modification légale serait nécessaire, car même le nouvel art. 14bis RAI n'est pas compatible avec l'art. 27 LAI. L'art. 164 al. 1 Cst. amène à la même conclusion.
- TAF B-504/2009, décision incidente du 3 mars 2009, Cour II. Références insuffisantes au regard des preuves d'aptitudes demandées par le pouvoir adjudicateur (2 références pour des projets comparables au marché public en cause, exécutées dans les 10 dernières années). Maintien de la jurisprudence selon laquelle le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de prendre une décision séparée d'exclusion pour défaut d'aptitudes dans le cadre d'une procédure ouverte. Le pouvoir adjudicateur dispose d'un grand pouvoir d'appréciation pour évaluer si les critères d'aptitudes sont remplis et si les moyens de preuve déposés à cet effet par le soumissionnaire sont suffisants. Il se justifie de poser des questions complémentaires au soumissionnaire aussi en ce qui concerne les preuves de l'aptitude, lorsque le principe de proportionnalité et l'interdiction du formalisme excessif l'exigent. Toutefois, en l'espèce les références déposées par le soumissionnaire n'ont pas besoin d'être clarifiées sur l'un ou l'autre point, mais sont insuffisantes au regard des exigences posées. Exclusion de l'offre du soumissionnaire étant *prima facie* légitime, la requête d'effet suspensif est rejetée.
- TAF B-891/2009 décision incidente du 23 mars 2009, Cour II. Effet suspensif accordé. Il n'est *prima facie* pas possible de reconstituer pourquoi l'offre du recourant a obtenu sur certains

critères d'adjudication un nombre de points différent de celle de l'adjudicataire (total des points : 280 pour l'adjudicataire, 271 pour le recourant. On ne peut exclure que l'offre du recourant ait été mal évaluée. Sous l'angle de la pondération des intérêts, le recourant est prêt à poursuivre le service du courrier pendant la durée de l'effet suspensif, de sorte que la continuité du service est assurée.

- TAF B-1439/2009 décision incidente du 13 mai 2009, Cour II. Rejet de l'effet suspensif, car le recours semble *prima facie* manifestement mal fondé.
- TAF B-2778/2008, arrêt du 20 mai 2009, Cour II. Marché public de travaux ; clause bagatelle ; négociations. Le recours contre une décision d'adjudication admis au motif que le pouvoir adjudicateur n'a conduit des négociations qu'avec l'adjudicataire alors que plusieurs autres soumissionnaires remplissaient les critères d'adjudication, ce qui viole manifestement l'égalité de traitement entre les soumissionnaires et l'art. 26 al. 2 OMP.
- Consid. 2.4.1 : question laissée ouverte de savoir si les trois étapes du projet d'assainissement et d'agrandissement de la place d'armes de Drognens sont formellement liées et forment ensemble un seul ouvrage (au sens de la jurisprudence de la CJCE dans l'aff. Commission/France, C-16/98, 36, du 5.10.2000, 36) : en effet, la valeur de la première étape dépasse déjà à elle seule le seuil légal applicable aux ouvrages.
- Consid. 2.4.2 : le pouvoir adjudicateur n'a à aucun moment manifesté vouloir faire usage en l'espèce de la clause dite bagatelle ou de *minimis* (art. 7 a. 2 LMP et art. 14 OMP), alors que cela aurait été possible pour le lot n° 12 litigieux. On ne trouve aucune trace d'une telle volonté dans le dossier de passation, ni durant la procédure de recours. Au contraire, le pouvoir adjudicateur a manifesté sa volonté de soumettre le lot 12 à la LMP en publiant un appel d'offres et une adjudication portant la mention de la voie de recours. Le TAF est dès lors compétent pour statuer sur le recours.
- Consid. 4.2 – 4.4 : l'ouverture de négociations suppose que le pouvoir adjudicateur n'ait pas encore fait son choix, que plusieurs soumissionnaires soient encore en concurrence et que les négociations aient pour objet de réunir les éléments nécessaires à une formulation et une évaluation plus précise des offres subsistantes. En vertu du principe de l'égalité de traitement, les négociations doivent être conduites avec tous les soumissionnaires dont les offres entrent en considération pour l'adjudication définitive, sur la base des critères d'adjudication. Le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'incorporer dans les

négociations toute offre dès l'instant où elle paraît appropriée. En l'espèce, le pouvoir adjudicateur n'a négocié qu'avec l'adjudicataire et lui a attribué les lots 12 et 13, en raison du fait qu'un rabais supplémentaire de 1% lui était offert par l'adjudicataire en cas d'attribution des 2 lots. Le recours est bien fondé ; dès lors que le contrat est déjà conclu, le TAF se limite à constater l'illicéité.

- TAF, B-2562/2009, décision incidente du 29 juin 2009, Cour II. Rejet de l'effet suspensif, car le recours semble dénué de chance de succès. Est déterminante la classification CPCprov, et non la classification CPV européenne (consid. 1.2).
- TAF B-3402/2009, décision incidente du 2 juillet 2009, Cour II. Adjudication de gré à gré par l'Office fédéral des constructions et de la logistique (OFCL) à Microsoft, sur la base de l'art. 13 al. 1 let. c OMP (un seul soumissionnaire entre en considération en raison de particularités techniques ou de droit de PI) d'un contrat de 42 mio francs portant sur la prolongation de licences, de nouvelles licences et des services de maintenance pour les 40'000 employés fédéraux. Adjudication du 23 février 2009, publiée à la FOSC le 1er mai 2009. Conclusion anticipée du contrat le 5 mars 2009, avec effet rétroactif au 1er janvier 2009. Recours contre l'absence d'appel d'offres par des fournisseurs de logiciels libres. Requête d'effet suspensif demandant la suspension de l'exécution du contrat et l'interdiction d'introduire de nouveaux logiciels Microsoft ou de migrer de Windows XP à Vista. Selon un examen *prima facie*, le recours ne paraît pas dénué de chances de succès, mais l'effet suspensif est rejeté et les mesures super-provisoires annulées afin de ne pas compromettre le fonctionnement de l'informatique de la Confédération. Il appartient à l'OFCL de peser les risques et de décider lui-même de l'opportunité de l'introduction de nouveaux produits Microsoft tant que le litige n'est pas tranché sur le fond. Le TAF rappelle qu'une annulation de l'adjudication est possible dans le cadre d'un marché de gré à gré lorsque le contrat est déjà conclu, mais qu'il existe des doutes suffisants quant à la validité du contrat conclu (consid. 7.1).
- TAF B-3311/2009, décision incidente du 16 juillet 2009, Cour II. Champ d'application. Valeur du marché pour les ouvrages. Evaluation d'une offre. Requête d'effet suspensif rejetée, le recours étant *prima facie* manifestement mal fondé.
- Consid. 3.5-3.6 : si un adjudicateur adjuge plusieurs marchés de construction pour la réalisation d'un ouvrage, leur valeur totale est déterminante (art. 7 al. 2 LMP). En l'espèce, il ne peut pas être exclu, après un examen *prima facie*, que les deux projets partiels adjugés ne forment qu'un seul ouvrage.

- Consid. 6 : pondération de 60% pour le critère du prix admise *prima facie* en l'espèce.
- TAF B-2561/2009, arrêt du 20 juillet 2009, Cour II. Procédure sélective. Marché de services passé par les CFF. Qualité pour recourir niée aux membres d'un consortium, faute d'un recours déposé par tous les membres de celui-ci et faute de procuration donnée par le membre non recourant à un autre membre recourant. Recours déclaré irrecevable.
- TAF B-3255/2009, décision incidente du 4 août 2009, Cour II. Le recours n'est pas manifestement dépourvu de chance de succès ou manifestement infondé, mais la requête d'effet suspensif est rejetée suite à la pesée des intérêts : il y a un intérêt public prépondérant et urgent à la conclusion immédiate du contrat, afin d'assurer la sécurité et la bonne gestion du trafic.
- TAF B-4657/2009, décision incidente du 6 août 2009, Cour II. Interruption de la procédure sur invitation et adjudication de gré à gré. Recours de plusieurs entreprises romandes évincées par l'Office fédérale des routes (OFROU), dans l'adjudication des travaux de l'A9. Clause d'exception. Valeur du marché. Requête d'effet suspensif rejetée pour des motifs d'intérêt public prépondérants.
- Consid. 4.5 : la clause d'exception de l'art. 3 al. 2 let. b LMP, invoquée par le pouvoir adjudicateur et liée à la protection de la santé et de la vie de personnes, d'animaux et de plantes, 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 cette condition n'est, selon l'examen *prima facie*, pas remplie.
- Consid. 4.6 : valeur-seuil : pour déterminer si le seuil fixé par la loi et l'ordonnance est atteint, on se base en principe sur l'estimation préalable de la valeur du marché faite par le pouvoir adjudicateur. Toutefois, l'estimation doit être faite avec sérieux et prudence. En l'espèce, il paraît *prima facie* que le montant estimé est très éloigné de la réalité. Le pouvoir adjudicateur ne peut donc pas sans autre se prévaloir de sa propre estimation pour persister à soutenir que le seuil de l'art. 6 LMP ne serait pas atteint.
- Consid. 5.1 : en principe, l'effet suspensif ne peut plus être accordé lorsqu'un contrat est déjà conclu entre l'adjudicateur et un soumissionnaire. Il convient cependant de déroger à cette règle lorsqu'il existe *prima facie* des doutes suffisants quant à la validité de la conclusion du contrat. (décision incidente B-3402/2009 du 2 juillet 2009, consid. 7.1, décision CRM du 15.8.1997 in JAAC 62.32I consid. 2a et 2c).

- Consid. 5.2 : l'intérêt public invoqué en l'espèce par l'adjudicateur (sécurité du trafic autoroutier et danger représenté par l'ouvrage pour la vie et l'intégrité corporelle) prévaut sur les intérêts des recourants à une protection juridique efficace et à l'obtention du marché, de sorte qu'il convient de ne pas interrompre les travaux en cours.

Commission de la concurrence (Comco)

- Prise de position de la Comco concernant l'avant-projet de Loi fédérale sur les marchés publics (révision totale), cf. rapport annuel 2008 de la Comco, DPC 1/2009, 25.
- Décision du 6 juillet 2009, non encore publiée (cf. communiqué de presse du 14 juillet 2009) : la Comco sanctionne 8 entreprises d'installations électriques de la région de Berne pour avoir conclu, entre 2006 et 2008, des accords illicites de prix et de répartition de clientèle. Les amendes s'élèvent au total à plus de 1,24 mio CHF. Les entreprises concernées avaient formé, entre 2006 et 2008, des cartels de soumission en se répartissant des projets (publics et privés) d'installations électriques. A cet effet, les entreprises s'échangeaient des informations sur les prix et présentaient des offres concertées et des offres de couverture. Ces restrictions répétées constituent un cartel dur (*hardcore cartels*) qui sont considérées comme des infractions graves à la Loi sur les cartels (LCart). C'est la première fois que la Comco peut imposer des amendes aux membres d'un cartel de soumission.
- Dans leurs activités, la Comco et le Secrétariat mettent un accent particulier et sur le long terme en ce qui concerne les cartels de soumission. Différents cas ont fait ou font actuellement l'objet d'une enquête (rapport annuel 2008 de la Comco, DPC 1/2009, 17). Le 8 juin 2009, la Comco a ouvert une enquête à l'encontre de différentes entreprises des cantons d'Argovie et de Zurich actives dans le domaine de la construction des routes et du génie civil, sur la base d'un soupçon de cartel de soumission; voir communiqué de presse du 10 juin 2009.

Jugements neuchâtelois

- Pour les jugements des autres tribunaux administratifs cantonaux, voir www.simap.ch ou le site web de chaque tribunal administratif cantonal.

Tribunal administratif de Neuchâtel

- Arrêt du 7 août 2007, RJN 2008, 287 ss. Prix anormalement bas.
- Consid. 4a : contrairement à la plupart des législations cantonales, la LCMP ne contient pas de réglementation au sujet des offres anormalement basses. Il ne s'agit toutefois pas d'une lacune, mais

de la volonté du législateur de ne pas introduire de clause d'exclusion pour les offres particulièrement basses. Dans ces cas, le pouvoir adjudicateur doit toutefois offrir au soumissionnaire en question la possibilité de s'expliquer et de justifier le prix avantageux qu'il offre avant toute décision d'adjudication et ce, en particulier lorsqu'il est bien noté sur des critères techniques. C'est seulement dans un second temps, si les explications données ne sont pas convaincantes ou laissent apparaître un risque d'insolvabilité, que l'offre peut être exclue ou pénalisée. Un écart important par rapport au niveau moyen des prix constitue l'indice d'un prix anormalement bas. En l'espèce, le prix avantageux n'est pas jugé anormalement bas.

- Arrêt du 11 juin 2008, RJN 2008, 290ss, publié également dans RDAF 2009 I, 201-207.
- Consid. 2 : au sens de l'article 46 LCMP, le pouvoir adjudicateur répond du dommage qu'il a causé en prenant une décision dont le caractère illicite a été constaté lors de la procédure de recours. Il s'agit d'une *lex specialis* et les dispositions de la LResp s'appliquent au surplus. Cette responsabilité est toutefois limitée aux dépenses engagées par la demanderesse en relation avec la procédure d'adjudication (art. 46 al. 2 LCMP).
- Consid. 3 : pour que la responsabilité du pouvoir adjudicateur soit retenue, il faut établir l'existence d'un acte illicite, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre le premier et le second. Pour que la condition d'illicéité soit remplie, il faut que la disposition violée prescrive un devoir dans l'intérêt du lésé ou soit destinée à protéger le bien juridique lésé. Tel est le cas des règles dont le but est de garantir l'égalité de traitement entre les soumissionnaires et de les protéger de l'arbitraire du pouvoir adjudicateur. Pour ce qui est du lien de causalité, il suffit que le soumissionnaire évincé démontre qu'il avait une chance réelle d'obtenir l'adjudication.
- Consid. 5 : les dépenses incluses dans le calcul du préjudice.
- Consid. 9 : mise en demeure du débiteur au sens de l'article 102 CO. La date de la réception de l'interpellation marque le point de départ de l'intérêt moratoire.

