

Droit des marchés publics

Evelyne Clerc

Législation

- Droit international et UE
- OCDE, Recommandation du Conseil du 18 février 2015 sur les marchés publics, C(2015)2 (<http://webnet.oecd.org/OECD/ACTS/Instruments/ListByTypeView.aspx>)
- Marchés publics fédéraux
- Loi fédérale sur les marchés publics (LMP) du 16 décembre 1994 (RS 172.056.1) :
 - modification du 26 septembre 2014 – le terme « Accord GATT » est remplacé par « GPA » dans toute la loi ; modification de l’art. 21 al. 1 LMP afin d’ajouter la formation professionnelle initiale parmi les critères d’adjudication, mais uniquement pour les marchés non soumis aux accords internationaux (RO 2015 773) – entrée en vigueur le 1^{er} avril 2015
 - procédure de consultation du 1^{er} avril au 1^{er} juillet 2015, portant sur la révision totale de la LMP en vue d’une mise en œuvre du GPA révisé et d’une meilleure harmonisation des législations fédérales et cantonales en matière de marchés publics (<https://www.bkb.admin.ch/bkb/fr/home/oeffentliches-beschaffungswesen/revision-des-beschaffungsrechts.html>)
 - Ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (OMP, RS 172.056.11) :
 - modification du 25 février 2015 – abrogation de l’art. 27 al. 3 (RO 2015 775) ; entrée en vigueur le 1^{er} avril 2015
 - procédure de consultation, du 1^{er} avril au 1^{er} juillet 2015, portant sur la révision totale de l’OMP en vue d’une mise en œuvre du GPA révisé et d’une meilleure harmonisation des législations fédérales et cantonales en matière de marchés publics (<https://www.bkb.admin.ch/bkb/fr/home/oeffentliches-beschaffungswesen/revision-des-beschaffungsrechts.html>)
 - Ordonnance sur l’organisation des marchés publics de l’administration fédérale (Org-OMP) du 24 octobre 2012 – modification du 28 janvier 2015 – art. 25 al. 2 et 4 relatif à la composition de la Conférence des achats de la Confédération (CA) (RO 2015 549) ; entrée en vigueur le 1^{er} mars 2015 (RS 172.056.15)

- Directives du Conseil fédéral sur la conclusion de contrats de location de services dans l'administration fédérale du 19 août 2015 (FF 2015 5773)
- Recommandations de la Conférence des achats de la Confédération concernant la promotion du plurilinguisme dans le domaine des marchés publics, du 24 novembre 2014 (<https://www.bkb.admin.ch/bkb/fr/home/oeffentliches-beschaffungswesen/studie-zu-sprachbarrieren-im-oeffentlichen-beschaffungswesen.html>)
- Rapport des Commissions des finances et des Commissions de gestion des Chambres fédérales, Projet informatique INSIEME de l'Administration fédérale des contributions (AFC) du 21 novembre 2014 (FF 2015 5823) ; Avis du Conseil fédéral du 25 février 2015 relatif au Rapport (FF 2015 6193)
- Loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (Loi sur les travailleurs détachés, LDét) du 8 octobre 1999 (RS 823.20) : Message du Conseil fédéral du 1^{er} juillet 2015 relatif à une modification de l'art. 5 al. 4, art. 7 al. 4^{bis}, art. 9 titre et al. 2 et 3, art. 12 al. 1, 2 et 4 renforçant les sanctions administratives (FF 2015 5359)
- Ordonnance sur les travailleurs détachés en Suisse (Odét) du 21 mai 2003 – modification du 19 septembre 2014 – modification de l'art. 6 al. 2 let. g exigeant une annonce pour les travaux d'aménagement ou d'entretien paysager (RO 2014 3175) ; entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2014 (RS 823.201)

Marchés publics cantonaux

- Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 25 novembre 1994 (RSN 610.71) : procédure de consultation du 22 septembre au 19 décembre 2014, portant sur la révision totale de l'AIMP en vue d'une mise en œuvre du GPA révisé et d'une meilleure harmonisation des législations fédérales et cantonales en matière de marchés publics (<http://www.bpuk.ch/fr/dtap/concordats/aimp/e-ivoeb/>)

Doctrine

- BALDI MARINO, SCHRANER FELIX, Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall « Baubeschläge » – revisionistisch oder nur beiläufig falsch ?, PJA 2/2015, 269
- BEYELER MARTIN, Staatsbetriebe : Einkauf und Absatz unter dem künftigen Vergaberecht, Jusletter 22 décembre 2014
- CLERC EVELYNE, Switzerland (Rapport suisse) in : Ulla Neergaard/Catherine Jacqueson/Grith Skovgaard Ølykke (édit.), Public Procurement Law : Limitations, Opportunities and

Paradoxes, The XXVI FIDE Congress in Copenhagen, Vol. 3, DJØF Publishing, Copenhagen 2014, 737-755

- GABELLON ADRIEN, La qualification juridique des clauses d'architecte ou d'entrepreneur : clause d'exclusivité, précontrat ou contrat ?, DC 1/2015, 9
- KUNZ DANIEL, Die EU-Konzessions-Richtlinie 2014/23, DC 1/2015, 13
- LUGINBÜHL KASPAR, Die Beschaffungsbeschwerde, Bâle 2014
- POLTIER ETIENNE, Nouvelle délimitation du champ d'application objectif du droit des marchés publics dans la révision en cours, Jusletter 18 mai 2015
- POLTIER ETIENNE, La nouvelle directive de l'UE sur la passation des marchés publics (2014/24/UE ; Directive générale), DC 5/2014, 231
- ROHNER BEATRICE, RIZVI SALIM, Rahmenvereinbarungen im öffentlichen Beschaffungsrecht, RSDA 1/2015, 36
- STÖCKLI Hubert, ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Der Entwurf zum Vergaberecht bringt klare Verbesserungen, Die Volkswirtschaft 7/2015, 16
- STÜSSI FRANK, LÜTHI BENDICHT, Zulässige ARGE im Kartellrecht, DC 4/2015, 205
- VOISARD STÉPHANE, La délégation d'une tâche publique et l'adjudication d'un marché public, 3/2014, 120
- ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, STÖCKLI HUBERT, Le projet de révision de la législation fédérale sur les marchés publics apporte de nettes améliorations, La Vie Economique 7/2015, 16

Jurisprudence

Tribunal fédéral

Exclusion d'une offre incomplète

- TF [2C_418/2014](#) du 20 août 2014 (f) – Exclusion d'une offre incomplète en raison de l'absence d'attestation fiscale.

Le principe d'intangibilité des offres impose d'apprécier celles-ci sur la seule base du dossier remis. Il découle de l'interdiction du formalisme excessif, qui est un aspect particulier du déni de justice prohibé par l'art. 29 al. 1 Cst., que l'exclusion d'une offre ne devrait intervenir que si le vice apparaît intrinsèquement grave ou si sa gravité découle du non-respect de conditions essentielles fixées dans l'appel d'offres ou dans la documentation y relative. Hormis le canton de Genève, qui a développé une jurisprudence sévère en excluant d'emblée les offres incomplètes ou contenant des attestations périmées, la tendance dans les autres cantons semble plutôt de fixer aux soumissionnaires un délai supplémentaire pour produire ou corriger des attestations défailtantes. Dans sa

casuistique, rappelée dans l'arrêt, le Tribunal fédéral a dans quelques rares cas annulé des arrêts cantonaux consacrant des solutions trop rigides ou formalistes, et a le plus souvent rejeté les recours formés contre des décisions jugées trop ou pas assez formalistes par les recourants (consid. 4.1).

La faculté, pour le pouvoir adjudicateur, de demander aux soumissionnaires des explications relatives à leur aptitude ou à leur offre (art. 40 RMP-GE) doit être exercée dans le respect du principe de l'intangibilité de l'offre. Elle suppose que des documents aient été produits, qui, le cas échéant, nécessitent des explications (consid. 4.2).

En l'espèce, le soumissionnaire évincé a fait parvenir au pouvoir adjudicateur l'attestation fiscale manquante ainsi que des explications supplémentaires y relatives immédiatement après avoir reçu la décision d'exclusion de son offre. En conséquence, le grief selon lequel le soumissionnaire se serait trouvé, sans sa faute, dans l'impossibilité de soumettre cette attestation fiscale au moment du dépôt de l'offre est rejeté (consid. 3).

*Qualité pour recourir
dépendant de la chance
réelle du recourant
d'obtenir l'adjudication*

• ATF [141 II 14](#) du 15 septembre 2014 (d) [dans le même sens, voir aussi TF [2C_383/2014](#) du 15 septembre 2014 (d)] – Adjudications par AlpTransit Gotthard AG de deux marchés de travaux relatifs à la technique ferroviaire pour le tunnel de base du Ceneri. Recours déposé par un soumissionnaire évincé au motif que l'adjudicataire ne remplirait pas les critères d'aptitude, car il ne disposerait pas d'au moins deux références relatives à la planification et l'exécution de projets complexes comparables. Objection soulevée par l'adjudicataire selon laquelle le recourant ne remplirait pas non plus les critères d'aptitude, de sorte qu'il n'aurait pas qualité pour recourir. Annulation des adjudications par le TAF, qui se fonde sur une interprétation littérale restrictive des critères d'aptitude. Recours en matière de droit public au TF par l'adjudicataire initial contre les arrêts du TAF. Le TF admet les recours, annule les arrêts du TAF et confirme les adjudications par AlpTransit Gotthard AG. Dans l'intervalle et suite à l'annulation par le TAF, AlpTransit Gotthard AG a notifié aux soumissionnaires restant encore dans la procédure de passation (l'adjudicataire initial et la recourante) des décisions d'exclusion justifiées par le non-respect des critères d'aptitude. De plus, AlpTransit Gotthard AG a notifié à tous les soumissionnaires une décision d'interruption de la procédure de passation, au motif qu'aucun des soumissionnaires restant en lice ne remplissait les critères d'aptitude. Les recours déposés par l'adjudicataire initial et par la recourante initiale contre les décisions d'exclusion et d'interruption de la procédure de passation ont été

suspendus par le TAF dans l'attente de l'arrêt du TF. L'adjudicataire initial dispose d'un intérêt actuel et pratique à recourir au TF. Premièrement, les premiers arrêts du TAF ne sont pas entrés en force. Deuxièmement, l'effet dévolutif du recours empêche le pouvoir adjudicateur de décider. Troisièmement, et dès lors que le TF admet les recours contre les premiers arrêts du TAF, les décisions d'exclusion et d'interruption prises par le pouvoir adjudicateur en raison desdits arrêts tombent (consid. 1.3).

Constitue une question juridique de principe (art. 83 let. f LTF) celle de savoir si la qualité pour recourir du soumissionnaire évincé dépend d'une chance réelle d'obtenir l'adjudication (consid. 1.2.2.3). Plus spécifiquement, la qualité pour recourir du soumissionnaire évincé découle-t-elle déjà de sa participation à la procédure de passation, ou suppose-t-elle aussi son aptitude à obtenir l'adjudication ? (consid. 3).

Dans sa jurisprudence rendue dans le cadre du recours constitutionnel subsidiaire (art. 115 let. b LTF), le TF fait dépendre la qualité pour recourir du soumissionnaire évincé d'une chance réelle d'obtenir l'adjudication du marché en cas de bien-fondé du recours. Tel est le cas pour le soumissionnaire classé au deuxième rang, voire au troisième rang s'il est très proche du deuxième. N'a en revanche pas qualité pour recourir le soumissionnaire évincé classé au quatrième rang, sauf si la différence absolue et relative avec le premier classé est très faible (consid. 4.1).

De même, dans le cadre de l'art. 48 PA, respectivement de l'art. 89 LTF, la qualité pour recourir contre une adjudication de gré à gré appartient au seul soumissionnaire potentiel qui aurait pu offrir l'objet du marché défini par le pouvoir adjudicateur (ATF 137 II 313 consid. 3.3.2). La même condition s'applique lorsque le recourant fait valoir qu'un contrat a été conclu sans être assujéti au droit des marchés publics (TF 2C_484/2008 du 9.1.2009, consid. 1.4), (consid. 4.1-4.3).

La qualité pour recourir en matière de marchés publics devant le TAF est réglée par l'art. 48 al. 1 PA (art. 26 al. 1 LMP), et correspond à celle de l'art. 89 al. 1 LTF. Les trois conditions de l'art. 48 al. 1 PA sont cumulatives. L'exigence d'un intérêt digne de protection (art. 48 al. 1 let. c PA) signifie que le recours ne sert pas uniquement à vérifier de manière abstraite la légalité de l'action publique, mais impose que le recourant retire un avantage pratique en cas d'admission du recours. Cette exigence vaut aussi en matière de marchés publics. Les accords internationaux (art. XX para. 2 GPA, RS 0.632.231.422 ; art. 5 para. 1 et annexe V de l'Accord bilatéral CH-UE en matière de marchés publics, RS 0.172.052.68) prévoient certes une procédure de recours efficace, mais ils ne règlent pas en détail la qualité pour recourir et n'excluent pas à ce

titre l'exigence d'une chance réelle. En conséquence, le seul fait d'avoir participé à la procédure de passation et de voir son offre non retenue (art. 48 al. 1 let. a PA) ne suffit pas à conférer la qualité pour recourir. L'exigence que le recourant ait, respectivement ait eu, une chance réelle d'obtenir l'adjudication du marché (art. 48 al. 1 let. c PA) vaut tant dans le cadre du recours en annulation que dans celui du recours en constatation d'illicéité en cas de conclusion du contrat (art. 32 al. 2 et 34 LMP ; art. 9 al. 3 LMI ; art. 18 al. 2 AIMP). Les conditions applicables à la légitimation active sont ainsi les mêmes pour la protection juridictionnelle primaire (recours en annulation) et secondaire (recours en indemnité) (consid. 4.4-4-6). Le soumissionnaire évincé qui ne pourrait pas obtenir l'adjudication du marché, même en cas de bien-fondé du recours, n'a pas d'intérêt digne de protection à recourir.

Standard de preuve de la qualité pour recourir

• Selon la théorie de la double pertinence, il suffit, au stade de la qualité pour recourir, que le recourant rende vraisemblable qu'il remplit les critères d'aptitude, tandis que le point de savoir si tel est effectivement le cas est tranché avec de la cause au fond. En l'espèce, la question de la légitimation active de la recourante est laissée ouverte, car le recours de l'adjudicataire initial est accepté sur le fond (consid. 5).

Qualité pour recourir dépendant des griefs et des conclusions du recours

• La légitimation active dépend des griefs soulevés et des conclusions formulées par le recourant. Ainsi, le soumissionnaire évincé classé au 4^e rang du tableau comparatif des offres n'a qualité pour recourir que s'il conteste l'aptitude ou le classement des trois soumissionnaires placés devant lui, et non uniquement l'évaluation de l'aptitude ou de l'offre de l'adjudicataire classé au 1^{er} rang. De même, un recourant qui ne remplit pas les critères d'aptitude ne dispose d'aucun intérêt digne de protection à une annulation de l'adjudication, à moins qu'il ne conclut à une annulation de l'intégralité de la procédure de passation et au lancement d'un nouvel appel d'offres, ce qui lui ouvrirait le cas échéant la possibilité de déposer une nouvelle offre (consid. 4.7).

Effet erga omnes du recours

• La décision d'adjudication consiste en premier lieu en une attribution du marché à l'adjudicataire ; le fait que les offres des autres soumissionnaires soient simultanément rejetées n'est qu'un effet réflexe. La portée d'une admission du recours ne saurait être limitée au recourant et à l'adjudicataire initial. Cette pratique, suivie jusqu'ici par le TAF, et auparavant par la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics, était susceptible d'aboutir à

une nouvelle adjudication à un soumissionnaire par hypothèse très mal classé, mais dont le recours avait été admis ; une telle conséquence irait à l'encontre des objectifs poursuivis par le droit des marchés publics. L'annulation de la décision d'adjudication porte effet pour tous les soumissionnaires. La qualité pour recourir doit être appréciée sur la base de cet effet *erga omnes* (consid. 4.7).

- Pouvoir d'appréciation en matière de critères d'aptitude* • Les critères d'aptitude définis dans l'appel d'offres doivent être interprétés et appliqués tels qu'ils pouvaient et devaient être compris de bonne foi par les soumissionnaires. La volonté subjective du pouvoir adjudicateur n'est pas pertinente. Le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande marge d'appréciation dans la formulation et l'application des critères d'aptitude. Dans le cadre de son contrôle des faits et du droit, l'autorité de recours ne doit pas empiéter sur cette marge d'appréciation par le biais de l'interprétation. En outre, il faut tenir compte pour les termes techniques de leur usage dans la profession ou de la manière dont ils ont été compris par les participants au marché en cause (consid. 7.1).

- Extension de la notion de « décision en matière de marchés publics » aux sanctions* • ATF [140 I 252](#) (i) – Sanction prononcée par un pouvoir adjudicateur tessinois à l'encontre d'une entreprise ayant obtenu l'adjudication sur la base d'indications erronées. L'adjudicataire avait annoncé dans son offre disposer de huit employés pour l'exécution du marché, alors que des contrôles subséquents sur le chantier ont montré que cinq employés n'avaient été engagés qu'après l'adjudication et pour une durée déterminée. La sanction prévue par l'art. 45 LMP-TI en cas de violation grave de la présente loi, impliquant *in casu* une exclusion de la participation de l'entreprise à tous les futurs marchés publics pour une durée de cinq mois ainsi qu'une peine pécuniaire de CHF 40'000.- constitue une sanction administrative, et non pénale. La décision imposant de telles sanctions relève des « décisions en matière de marchés publics » au sens de l'art. 83 let. f LTF.

- Critère d'adjudication relatif au niveau des salaires* • ATF [140 I 285](#) (f) – Recours contre l'appel d'offres relatif aux marchés de services de nettoyage des bâtiments de la Ville de Genève et contestant un critère d'adjudication relatif au niveau des salaires.

 - En tant que pouvoir adjudicateur, la Ville de Genève peut se prévaloir de la violation de son autonomie communale (art. 50 al. 1 Cst.) par l'arrêt de la Cour de justice, de sorte qu'elle dispose d'un

intérêt juridiquement protégé pour former un recours constitutionnel subsidiaire (art. 115 LTF) (consid. 1.2).

- En règle générale, les critères d'adjudication doivent se rapporter à l'objet du marché. L'admissibilité de critères d'adjudication étrangers au marché, ou critères secondaires, comme les critères sociaux ou environnementaux sans lien direct avec l'objet du marché, est en tous les cas soumise à l'exigence d'une base légale (consid. 5.2 et 7.1).
- En premier lieu, on ne saurait admettre une règle générale d'expérience établissant une corrélation directe, déterminante et automatique entre le niveau de rémunération et la qualité des prestations et/ou le rendement du travail effectué, de sorte à justifier d'en tenir compte de manière générale comme critère d'adjudication (lié à la qualité) de tous les marchés publics (consid. 6.2). Cette dénégation d'une règle générale d'expérience n'exclut pas qu'une telle corrélation immédiate et décisive puisse exister pour un secteur économique ou dans un segment salarial particulier, mais elle doit être établie selon les règles ordinaires sur le fardeau et l'appréciation des preuves. En l'espèce, la Ville de Genève n'a pas étayé ses affirmations par des faits précis, comme des statistiques relatives au domaine concerné et de nature à révéler concrètement un lien entre le salaire réel des nettoyeurs et la qualité de leurs prestations (consid. 6.3).
- En second lieu, un critère d'adjudication étranger au marché n'est admissible que pour autant qu'il repose en tous cas sur une base légale. Ainsi, la législation fédérale sur les marchés publics permet de prendre en compte la formation de personnes en formation professionnelle initiale (art. 21 al. 1 LMP), tandis que de nombreuses réglementations cantonales incluent le critère des apprentis. La liste, certes exemplative, des critères d'adjudication prévus par le droit genevois (art. 43 RMP-GE) comporte, pour la plupart, des critères en lien avec le marché, et ne mentionne pas expressément le niveau des salaires. En conséquence, la Cour de justice pouvait sans arbitraire (art. 9 Cst.) juger le critère d'adjudication portant sur la rémunération comme non admissible à défaut de base légale (consid. 7.1-7.3).

*Extension de la
Mehreignung aux
« conditions légales »*

- Il est possible de prendre en considération les mêmes critères tant au stade de l'aptitude qu'à celui de l'adjudication, pour autant que ces critères puissent faire l'objet d'une certaine gradation. En ce cas, le critère d'aptitude porte sur le respect d'un seuil minimum (qui doit être rempli sous peine d'élimination), tandis que le critère d'adjudication permet d'évaluer le dépassement (graduel) de cette exigence minimale. Même s'il ne s'agit pas d'un critère d'aptitude

stricto sensu, le même raisonnement s'applique en présence d'une « condition légale » (p.ex. respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail, ou respect de l'égalité de traitement entre femmes et hommes, art. 11 let. e et f AIMP), pour autant qu'elle puisse aussi faire l'objet d'une gradation (consid. 5.1). En l'espèce, constitue une telle condition légale l'obligation pour les soumissionnaires d'être signataires de la CCT genevoise pour le secteur du nettoyage ou de s'engager à respecter les usages en vigueur à Genève dans la branche (art. 20 RMP/GE), qui implique le respect du salaire horaire minimum de CHF 19.35 fixé dans la CTT. Le critère d'adjudication relatif au niveau de salaire comporte une gradation allant de 0 (pour le salaire de 19.35) à 5 pour un salaire horaire supérieur ou égal à CHF 25.- (consid. 5.1). Encore faut-il que le critère d'adjudication en cause soit en lui-même admissible.

Dies a quo du recours en cas de non-respect du droit des marchés publics

- TF [2C 591/2014](#) du 29 septembre 2014 (i) – Lorsqu'un soumissionnaire potentiel apprend par les médias la possible existence d'un contrat conclu sans application des procédures de passation prévues par le droit des marchés publics, il lui appartient de se renseigner sans délai auprès du pouvoir adjudicateur. Il ne saurait différer à bien plaire ces démarches, sous peine de tardiveté du recours (consid. 5.3).

Distinction entre marché de services informatiques et location de services

- TF [2C 62/2014](#) du 7 octobre 2014 (f) – Adjudication d'un marché portant sur la mise à disposition par un prestataire de services informatiques de plusieurs collaborateurs capables d'assurer la prise en charge d'une centrale d'appels pouvant traiter de 1000 à 1300 appels mensuels d'utilisateurs travaillant au sein du pouvoir adjudicateur et rencontrant un problème informatique, pour un total de 504 jours ouvrés par année, durant cinq ans. Adjudication à un prestataire ne disposant pas de l'autorisation de bailleurs de service au sens de l'art. 12 LSE (RS 823.11).

La question de savoir si le marché en cause tombe sous le coup de l'art. 12 LSE ne constitue pas une question qui relève du droit des marchés publics au sens de l'art. 83 let. f LTF (consid. 1.2.1). La jurisprudence pose 5 critères pour exclure un contrat de location de services, soit : (a) l'entreprise de mission n'a pas le pouvoir de direction ; (b) le travailleur ne se sert pas des outils, du matériel et des instruments de l'entreprise de mission ; (c) le travailleur ne travaille pas exclusivement au siège selon les horaires de travail de l'entreprise de mission ; (d) le contrat conclu entre l'entrepreneur et l'entreprise de mission n'a pas pour objet primordial la

facturation d'heures de travail, mais la réalisation d'un objectif clairement défini contre une certaine rémunération ; (e) en cas de non-réalisation de cet objectif, l'entrepreneur garantit à l'entreprise de mission des prestations réparatoires gratuites ou des réductions d'honoraires. La distinction entre un contrat de mise à disposition de travailleurs et un contrat de nature différente se fait dans chaque cas d'espèce, en s'appuyant sur le contenu du contrat, la description du poste et la situation du travail concrète dans l'entreprise locataire (consid. 5.2).

Formalisme excessif

- TF [2C. 785/2014](#) du 12 février 2015 (f) – Ne pas tenir compte de références fournies et dont le contenu correspondait à toutes les informations exigées, au seul motif que ces références ne figuraient pas sur le formulaire idoine prescrit (« A13 ») mais sur une liste jointe sur laquelle la mention « A13 » avait été appliquée, relève du formalisme excessif (art. 29 al. 1 Cst.). Une telle façon d'apprécier les faits est arbitraire (art. 9 Cst.). De plus, il y a violation de l'égalité de traitement à accorder une notation égale à la recourante et à l'adjudicataire, alors que ce dernier a certes produit les cinq références requises sur le formulaire ad hoc, mais que trois d'entre elles sont gravement lacunaires quant aux informations fournies, voire trop anciennes (art. 8 al. 1 Cst.) (consid. 3.4).

Qualité pour recourir de la COMCO

- ATF [141 II 113](#) (f) – Adjudication par Tridel SA d'un marché de fournitures et de services portant sur la livraison de sacs-poubelle ainsi que le prélèvement de la « taxe au sac » dans le canton de Vaud, pour une durée de cinq ans et une valeur supérieure à 10 Mio CHF, par une procédure sans invitation. Recours en matière de droit public déposé par la COMCO sur la base des art. 8 al. 1 et 9 al. 2^{bis} LMI.
- Il y a une connexité matérielle entre les règles sur le marché intérieur et celles sur les marchés publics. La violation du principe de l'accès non discriminatoire aux marchés publics (art. 5 LMI dont le « rôle intégrateur » est confirmé) constitue une restriction induite de l'accès au marché au sens de l'art. 9 al. 2^{bis} LMI. Le législateur fédéral a voulu restreindre le droit de recours de la COMCO en matière de marchés publics aux seules « décisions soulevant des questions juridiques d'importance fondamentale et concernant des marchés publics excédant les valeurs seuils déterminantes (pour la procédure ouverte et la procédure sélective) » (FF 2005, 421, 435 ch. 1.4.2.6 et 445 ch. 2.6). Devant le TF, ces restrictions à la qualité pour recourir de la COMCO selon l'art. 9 al. 2^{bis} LMI en matière de marchés publics se confondent avec les conditions de

recevabilité du recours en matière de droit public selon l'art. 83 let. f ch. 1 et 2 e contrario LTF (consid. 1.5).

Relations entre la LMI et le droit des marchés publics

- Les articles 5 et 9 LMI constituent une loi-cadre, qui n'harmonise pas la passation des marchés publics cantonaux et communaux. Les relations entre la LMI et le droit (inter-)cantonal des marchés publics sont de trois ordres : (1) La LMI reste applicable subsidiairement dans la mesure où elle régit des questions qui n'auraient par hypothèse pas été réglementées par le droit (inter-)cantonal. (2) La LMI interdit au droit (inter-)cantonal d'abaisser ses standards en deçà des exigences minimales posées par cette loi-cadre (art. 49 Cst.). (3) Le standard minimum de la LMI reste applicable, et n'est pas levé, lorsqu'existent des règles cantonales ou communales conformes à ses exigences essentielles ; la violation de la LMI se confond alors avec celle du droit plus détaillé des marchés publics (consid. 3.1.5). Dans le cadre d'un recours, il convient de vérifier d'abord cette 3^e hypothèse : si l'attribution du marché litigieux viole le droit des marchés publics, elle viole simultanément l'art. 5 LMI. Ce n'est qu'en tant que le droit (inter-)cantonal admettrait une dérogation, et que les critères par lui posés seraient considérés comme remplis, qu'il conviendrait encore d'examiner, au titre de la 2^e hypothèse, si la restriction à l'accès au marché remplit les conditions prévues à l'art. 3 LMI et auxquelles renvoie l'art. 5 LMI (consid. 5.1).

Organisme de droit public

- Tridel SA est un pouvoir adjudicateur, car elle remplit les trois conditions cumulatives de « l'organisme de droit public » (annexe 2 et définition selon annexe 3, note 1, de l'Appendice I au GPA). En tant que société anonyme, Tridel SA est dotée de la personnalité juridique. Elle se trouve dans un rapport de dépendance à l'égard des pouvoirs publics. En effet, le capital-actions de Tridel SA est détenu par des sociétés anonymes qui sont elles-mêmes totalement ou majoritairement en mains des communes vaudoises intégrant les périmètres de gestion des déchets. Les collectivités publiques sont représentées dans les organes dirigeants de ces sociétés anonymes et de Tridel SA. Le but statutaire de traitement, incinération et valorisation des déchets tend à satisfaire des besoins d'intérêt général. Ceux-ci ont un caractère autre qu'industriel ou commercial, car les activités de Tridel SA sont statutairement limitées aux zones d'apport qui lui sont assignées par la législation cantonale, de sorte que Tridel SA renonce d'emblée à exercer une activité commerciale comparable à celle des entités privées qui interviennent librement sur le marché (consid. 3.2).

*Relation entre la
procédure sur
invitation et la
procédure de gré à gré*

- Lorsqu'un marché assujéti aux accords internationaux remplit certaines conditions dérogatoires, il peut être passé selon une procédure de gré à gré (art. 12^{bis} al. 1, 2^e phrase, AIMP ; art. XV et IX par. 3 GPA). Selon l'adage *a maiore ad minus*, et compte tenu de la formule potestative de l'art. 12^{bis} al. 1, 2^e phrase, AIMP, le pouvoir adjudicateur peut aussi choisir dans un tel cas un mode d'adjudication plus ouvert. En tant que procédure plus respectueuse du principe de la libre concurrence (mise ne concurrence limitée), la procédure sur invitation peut en règle générale être ordonnée là où une procédure de gré à gré s'avère licite (consid. 5.2.1 et 5.2.2).

*Marché de gré à gré
pour des raisons
d'extrême urgence*

- Les conditions justifiant une passation de gré à gré pour situation d'extrême urgence (art. XV par. 1 let. c GPA ; art. 8 al. 1 let. e RLMP/VD) s'appliquent par analogie si le marché en cause a été passé par une procédure sur invitation. Les règles analogues prévues par les directives de l'UE en matière de marchés publics et la jurisprudence y relative de la Cour de justice de l'UE peuvent servir de source d'inspiration aux juridictions suisses. En effet, les règles du GPA ont essentiellement repris, y compris par rapport aux procédures de passation, les dispositions du droit de l'UE. Un pouvoir adjudicateur ne peut invoquer la clause d'urgence que si les conditions cumulatives suivantes sont réalisées : (1) la survenance d'un événement imprévisible ; (2) à l'origine d'une situation d'urgence impérieuse ; (3) l'urgence ne doit pas être due au fait du pouvoir adjudicateur ; (4) l'urgence est telle que l'autorité d'adjudication ne serait pas en mesure d'y faire face si elle procédait par le biais d'un appel d'offres public ; (5) le pouvoir adjudicateur peut recourir à la procédure de gré à gré dans la seule mesure nécessaire à rétablir une situation normale (consid. 5.2.3 et 5.3).

En l'espèce, l'arrêt du TF du 4 juillet 2011 (ATF 137 I 257) confirmant le principe du pollueur-payeur ainsi que l'obligation des cantons de prévoir des taxes causales incitatives en matière de déchets urbains, est intervenu plus de dix ans après l'entrée en vigueur de l'art. 32a LPE, de sorte qu'il n'entre pas en ligne de compte comme « événement imprévisible » (consid. 5.4-5.5.1). Afin de se conformer à l'arrêt du TF du 4 juillet 2011, le législateur vaudois a adopté, le 3 juillet 2012, l'art. 30a LGD/VD prévoyant une « taxe au sac », dont l'entrée en vigueur a été fixée au 1^{er} janvier 2013. Les communes vaudoises ont chargé Tridel SA d'introduire cette taxe au sac. Même si le délai de six mois laissé par le canton aux communes vaudoises pour introduire la taxe au sac était, en théorie, de nature à générer une situation d'urgence, tel n'était pas le cas en pratique. Tridel SA a lancé la procédure sur invitation déjà

le 26 avril 2012, soit bien avant l'adoption de l'art. 30a LGD/VD, et a adjugé le marché le 22 juin 2012, puis conclu le contrat avec l'adjudicataire le 17 juillet 2012. Tridel SA disposait ainsi de plusieurs mois additionnels pour mettre en œuvre le marché public de la taxe au sac, de sorte qu'il ne pouvait de bonne foi se prévaloir de la clause d'urgence (consid. 5.5.2). Enfin, le pouvoir adjudicateur aurait pu, à la place d'une procédure sur invitation, opter pour une procédure ouverte avec des délais raccourcis (art. XI par. 3 let. c GPA ; art. 20 al. 3 let. c RLMP/VD, en lien avec l'art. 13 let. c AIMP) (consid. 5.6). La violation par Tridel SA des règles idoines du GPA et de l'AIMP, telles que précisées par les règles de droit cantonal figurant dans les LMP/VD et RLMP/VD, enfreint simultanément l'art. 5 al. 1 LMI.

Principe de transparence

- En optant de manière illicite pour une procédure sur invitation, le pouvoir adjudicateur fait l'impasse sur la plupart des formes de publication à observer en procédure ouverte ou sélective, en particulier la publication d'un appel d'offres (art. VIII let. a et IX par. 1 GPA ; art. 12 al. 1 let. a et b et 13 al. 1 let. a AIMP ; art. 6 al. 1 let. h et 7 al. 1 let. a et b LMP/VD ; art. 11 ss RLMP/VD). Le non-respect de ces principes porte atteinte à la libre concurrence, viole le principe de transparence garanti à l'art. 5 al. 2 LMI et concrétisé par les dispositions internationales et (inter-)cantonales précitées. Ce non-respect diminue aussi la protection juridictionnelle consacrée par l'art. 9 al. 1 et 2 LMI, en raison de l'absence de publication officielle facilement accessible à un large cercle de personnes (consid. 6).

Abus de droit en cas de conclusion du contrat durant le délai de recours au TF

- TF [2C. 203/2014](#) du 9 mai 2015 (f) – Conclusion du contrat entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire immédiatement après la notification de l'arrêt cantonal rejetant la requête d'effet suspensif, et alors que la recourante avait informé le pouvoir adjudicateur de son intention de saisir le TF d'un recours contre ce refus et de solliciter l'effet suspensif par mesures superprovisaires.
 - (1) Une conclusion diligente du contrat après la notification de l'arrêt cantonal qui rejette l'effet suspensif n'est pas en soi abusive.
 - (2) Le soumissionnaire évincé ne peut pas invoquer un abus de droit des cocontractants s'il ne recourt pas dans les plus brefs délais après que l'arrêt cantonal refusant l'octroi de l'effet suspensif lui a été notifié, peu importe que les délais légaux pour recourir lui permettraient en théorie de patienter.
 - (3) Le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire qui s'empressent de conclure le contrat portant sur le marché litigieux peuvent selon les circonstances commettre un

abus de droit, en particulier lorsque le soumissionnaire évincé a diligemment saisi le TF d'un recours avec demande de mesures superprovisoires contre le refus cantonal de lui octroyer l'effet suspensif, et pour autant qu'il ait aussi avisé au plus vite le pouvoir adjudicateur de son (intention imminente de faire) recours au TF en l'accompagnant d'une demande de mesures superprovisoires (consid. 1.5.1 et 1.5.2).

En cas de conclusion abusive du contrat peu avant ou peu après la saisine du TF d'un recours contre le rejet de l'effet suspensif par l'instance précédente, la recourante pourrait, le cas échéant, obtenir réparation sous forme de dommages-intérêts. Dans le cadre de l'action au fond, elle pourra se plaindre du caractère abusif de la conclusion du contrat, de sorte que la perte de son intérêt actuel lié à la procédure sur l'effet suspensif ne l'empêche pas de faire trancher cette question. La jurisprudence ne tranche pas encore définitivement la question des conséquences concrètes qu'il convient d'attacher à une conclusion abusive du contrat (consid. 1.5.3).

*Qualité pour recourir
dépendant de la chance
réelle du recourant
d'obtenir l'adjudication*

• Les conditions de légitimation active applicables pour le recours en matière de droit public (cf. ATF [141 II 14](#) *supra*) valent, a fortiori, pour le recours constitutionnel subsidiaire (art. 115 LTF). Le soumissionnaire évincé dispose d'un intérêt juridique lorsqu'il avait, avant la conclusion du contrat (le fait que le contrat ait été conclu entretemps n'altérant pas cette exigence), des chances raisonnables de se voir attribuer le marché en cas d'admission de son recours. A ce défaut, il ne peut exister de rapport de causalité entre l'illicéité de la décision d'adjudication alléguée et le prétendu dommage. A moins que l'intérêt du soumissionnaire évincé à contester l'adjudication paraisse évident, il incombe à ce dernier de le démontrer (art. 42 al. 1 et 2 LTF). En outre, la simple participation du soumissionnaire à la procédure d'appel d'offres et la non-prise en considération de son offre ne sauraient à elles seules lui conférer la qualité pour agir, à défaut d'un intérêt pratique effectif à la contestation de l'adjudication. Dispose d'un intérêt juridique le soumissionnaire évincé classé au deuxième rang derrière l'adjudicataire et qui aurait, en cas d'admission de son recours, disposé d'une réelle chance d'obtenir le marché. Tel est aussi le cas du soumissionnaire classé au troisième rang, mais séparé du deuxième classé de quelques points seulement. En revanche, tel n'est plus le cas pour le soumissionnaire classé au quatrième rang, excepté si l'écart relatif comme absolu avec l'adjudicataire est minimale (consid. 2.2. et 2.3).

En l'espèce, la recourante était classée au cinquième rang sur les six offres évaluées. Compte tenu de l'écart important avec l'adjudicataire et du nombre de soumissionnaires évincés mieux positionnés et qui auraient aussi pu bénéficier de notes supérieures en cas de nouvelle évaluation par le pouvoir adjudicateur, la recourante ne disposait pas d'une chance raisonnable de se voir attribuer le marché en cas de bien-fondé du recours (consid. 2.4).

*Qualité pour recourir
– exigence d'un intérêt
pratique à recourir*

• La recourante qui renonce d'emblée à la protection juridique primaire que lui offre le droit des marchés publics (demande d'annulation de la décision d'adjudication et de nouvelle adjudication en sa faveur) et se contente de la protection secondaire (constat d'illicéité et allocation de dommages-intérêts) se prive ainsi d'emblée de la possibilité d'obtenir le marché litigieux et ne dispose d'aucun intérêt pratique et juridique à recourir (consid. 2.3). Même dans les cas d'application de la « Star-Praxis » (i.e. lorsque le recourant n'ayant pas qualité pour agir au fond dispose néanmoins d'un intérêt juridiquement protégé en raison de la violation d'une garantie de procédure équivalant à un déni de justice formel), l'exigence d'un intérêt pratique demeure (consid. 2.5). En l'occurrence, la recourante n'a jamais conclu à l'adjudication du marché en sa faveur, pas même au cours de la procédure contentieuse cantonale et avant que le contrat ne soit conclu, de sorte qu'elle n'a pas d'intérêt pratique à recourir.

*Recevabilité du recours
en matière de
responsabilité de
l'Etat du fait de
l'adjudication illicite
d'un marché public*

• TF [2C. 824/2014](#) du 22 mai 2015 (f) – Les conditions de l'art. 83 let. f LTF ne s'appliquent pas à un recours contre un jugement cantonal relatif à une action en dommages-intérêts pour un contrat conclu ensuite d'une décision d'adjudication dont le caractère illicite a été définitivement constaté. La recevabilité du recours en matière de droit public dépend dans un tel cas de l'art. 85 al. 1 let. a LTF (valeur litigieuse d'au moins CHF 30'000.-) ou à défaut de l'art. 85 al. 2 LTF (question juridique de principe). Il faut éventuellement réserver une application de l'art. 83 let. f LTF dans l'hypothèse où une législation cantonale donnerait compétence au tribunal cantonal qui constate l'illicéité de l'adjudication pour statuer simultanément sur les dommages-intérêts (consid. 1.2).

• Le principe selon lequel les délais sont considérés comme respectés si une partie dépose un acte en temps voulu auprès d'une autorité incompétente est reconnu par le TF comme un principe général valant pour tous les domaines du droit. Ce principe permet d'éviter tout formalisme excessif et concrétise celui de l'interdiction du déni de justice (art. 29 al. 1 Cst.) (consid. 6.2). En l'espèce, le dépôt en

temps voulu d'une action en dommages-intérêts auprès d'un tribunal civil incompétent respecte le délai de péremption prévu par la loi cantonale sur la responsabilité des collectivités publiques (consid. 6.3-6.4).

*Interruption de la
procédure de passation*

- TF [2D 18/2015](#) du 12 juin 2015 (d) – La possibilité d'interrompre la procédure de passation d'un marché public nécessite de « justes motifs » (*wichtiger Grund*, art. 13 let. i AIMP ; art. 24 a. 2 LMP/GR), ce qui pose des exigences plus élevées qu'un simple « motif important » (*sachlicher Grund*). Il n'est pas arbitraire (art. 9 Cst.) de considérer qu'un effort d'économie supplémentaire de 5% des dépenses, imposé par le législatif communal à l'exécutif, pouvait justifier que ce dernier décide d'interrompre la passation du concours de conception et réalisation d'une œuvre d'art en lien avec la rénovation d'un bâtiment scolaire (consid. 3.3-3.5).

*Droit de prendre
position sur des
éléments de fait
nouveaux*

- TF [2D 66/2014](#) du 2 juillet 2015 (i) – Lorsque le tribunal cantonal obtient, à la suite des mesures d'instruction ordonnées, des éléments de fait nouveaux pertinents, il doit les transmettre aux parties en leur laissant la possibilité de se déterminer (art. 29 al. 2 Cst.). Si le juge n'a pas imposé un délai fixe aux parties pour se déterminer, il doit attendre au moins dix jours avant de considérer que les parties ont renoncé à s'exprimer et de rendre son jugement. En l'occurrence, le tribunal cantonal n'a attendu que huit jours après avoir notifié une information nouvelle pertinente à la recourante, de sorte que le recours est bien fondé (consid. 5).

Tribunal
administratif
fédéral

- ATAF 2014/14 (d) – publication de l'arrêt TAF [B-364/2014](#) du 8 avril 2014 (d) résumé dans la Fiche 2014

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

- TAF B-3482/2014 du 18 septembre 2014 (d) – Une prise en compte de la meilleure aptitude (*Mehreignung*) au stade des critères d'adjudication est exceptionnellement possible. L'aptitude technique et l'expérience peuvent être prises en compte une première fois comme critères d'aptitude consistant en des exigences minimales à remplir, puis une seconde fois comme critères d'adjudication permettant d'évaluer le dépassement graduel de ces exigences minimales. Encore faut-il que les critères de « meilleure aptitude » se rapportent bien à l'objet du marché. Tel est le cas notamment pour les références démontrant l'expérience des collaborateurs clés (*Schlüsselpersonen*) pour un marché de services. En revanche, la prise en compte d'une meilleure aptitude

du soumissionnaire parmi les critères d'adjudication ne se justifierait pas en présence d'un « banal » marché de fournitures (consid. 2.4.2).

Mesures provisoires permettant une exécution partielle du marché

- TAF B-4288/2014 du 25 septembre 2014 (d) – Adjudication par La Poste Suisse d'un marché de services de conseil en fourniture d'électricité pour une durée de 4 ans. Recours déposé par un soumissionnaire évincé au motif que le critère relatif à l'indépendance du prestataire, tel que défini par le pouvoir adjudicateur, constituerait un critère d'adjudication « étranger » à l'objet du marché et qui restreindrait à l'excès la concurrence. Octroi de l'effet suspensif.

Lorsque l'effet suspensif est accordé à un recours portant sur l'adjudication d'un marché de durée, il peut se justifier au regard du principe de proportionnalité de permettre une réalisation partielle du marché (qui échappe ainsi à l'effet suspensif), pour autant que le marché puisse être scindé et qu'une conclusion séparée du contrat pour le reste du marché reste possible. S'agissant en l'espèce d'un marché de quatre ans, La Poste Suisse est autorisée à conclure un contrat avec l'adjudicataire pour une année (consid. 7.3.2-7.3.3).

Restitution du délai

- TAF B-5213/2014 du 2 octobre 2014 (d) – Il est certes difficile pour le soumissionnaire évincé de déceler une éventuelle illicéité sur la seule base de la motivation initiale sommaire de l'adjudication (art. 23 al. 1 LMP) et sans accès au dossier (art. 26 al. 2 LMP). Si le soumissionnaire évincé ne demande au pouvoir adjudicateur des renseignements complémentaires (art. 23 al. 2 LMP), il ne fait pas preuve de la diligence nécessaire. S'il découvre ultérieurement que l'adjudication était entachée d'une violation, son abstention fautive exclut une restitution du délai de recours (art. 24 PA).

Restriction relative à la sûreté intérieure ou extérieure du pays

- TAF B-998/2014 du 6 octobre 2014 (d) – Recours contre l'adjudication d'un marché de services de transport de données informatiques de l'administration fédérale. A la suite des révélations (Snowden) relatives à l'espionnage pratiqué par des services de renseignements étrangers, un arrêté du Conseil fédéral du 29 janvier 2014 prévoit que, pour des raisons de sécurité de l'Etat, les infrastructures et services de communication critiques seront soit assurés par la Confédération elle-même, soit externalisés uniquement à des entreprises de droit suisse, majoritairement en mains suisses et qui fournissent leurs services à l'intérieur des frontières suisses. En raison de cet arrêté intervenu durant la

procédure de passation du marché litigieux, la recourante ne remplit plus les critères d'aptitude. Octroi de l'effet suspensif.

- Le pouvoir adjudicateur est lié par l'objet du marché, les critères d'aptitude et d'adjudication et moyens de preuve, tels que publiés dans l'appel d'offres. Une modification unilatérale de ceux-ci par le pouvoir adjudicateur intervenant ultérieurement, durant la procédure de passation, viole les principes de transparence (art. 1 al. 1 let. a LMP), d'égalité de traitement (art. 1 al. 2 LMP) et de la bonne foi (consid. 3.3). En l'espèce, la recourante remplissait les critères d'aptitude publiés dans l'appel d'offres, mais non la condition nouvelle introduite par l'arrêté ultérieur du Conseil fédéral intervenu en cours de procédure de passation et qui excluait tout soumissionnaire majoritairement en mains étrangères.
- Ne peuvent faire l'objet d'un recours au TAF ou d'un recours en matière de droit public au TF, « les décisions concernant la sûreté intérieure ou extérieure du pays, la neutralité, la protection diplomatique et les autres affaires relevant des relations extérieures, à moins que le droit international ne confère un droit à ce que la cause soit jugée par un tribunal » (art. 32 al. 1 let. a LTAF ; art. 83 let. a LTF). Les litiges en matière de marchés publics portent sur des droits de nature patrimoniale qui revêtent un caractère civil au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH, pour autant qu'ils entrent dans le champ d'application de la LMP. Le droit international prévoyant une protection juridictionnelle effective en matière de marchés publics (art. XX par. 2 GPA), le recours du soumissionnaire évincé ne saurait être déclaré irrecevable au seul motif qu'il découlerait d'un arrêté du Conseil fédéral adopté sur la base des art. 184 al. 3 et 185 al. 3 Cst. en vue d'assurer la sûreté intérieure ou extérieure du pays. Dans le cadre du recours contre la décision d'adjudication en cause, un examen à titre préjudiciel de la validité de l'arrêté du Conseil fédéral du 29 janvier 2014 au regard de la LMP et de la Constitution est possible (art. 190 Cst.). La doctrine est partagée sur le point de savoir si le Conseil fédéral peut agir sur la base des art. 184 et 185 Cst. uniquement *praeter legem*, ou aussi *contra legem*. Dans cette seconde hypothèse, il faut encore que l'adoption d'une ordonnance de nécessité réponde à une situation d'urgence et qu'elle soit nécessaire, limitée dans le temps, justifiée par des intérêts publics prépondérants et proportionnés (consid. 4).

*Interruption de la
procédure de passation*

- TAF B-1772/2014 du 21 octobre 2014 (d) – Recours contre une seconde décision d'interruption d'une procédure de passation d'un marché public de services, après qu'une première décision d'interruption avait été annulée par le TAF et alors que la procédure de passation avait ainsi été « réactivée ».

Les dispositions particulières de l'art. 23 LMP en matière de motivation et de publication des décisions sujettes à recours selon l'art. 29 LMP, constituent une *lex specialis* par rapport aux art. 35 al. 1 et 3 et 36 PA. L'art. 28 OMP énumère les informations devant figurer dans la décision d'adjudication, tandis que l'art. 23 al. 2 LMP permet, dans un tel cas, au soumissionnaire évincé d'obtenir des renseignements supplémentaires. En revanche, la LMP et l'OMP sont silencieuses en ce qui concerne le contenu d'une décision d'interruption. En conséquence, et faute de possibilité d'obtenir des informations supplémentaires, une décision d'interruption de la procédure de passation doit être motivée de manière plus approfondie qu'une décision d'adjudication (consid. 2.3.1). Cette exigence accrue de motivation vaut même si le pouvoir adjudicateur dispose d'une large marge d'appréciation dans la planification et la conduite d'une procédure de passation (consid. 3.6). A titre exceptionnel, une violation du droit d'être entendu peut être réparée dans le cadre du recours (consid. 2.3.2).

Une procédure de passation de marchés publics ne peut se terminer que par une adjudication (art. 28 OMP) ou une interruption (art. 30 OMP). Une interruption peut soit être suivie à court ou moyen terme par le lancement d'une nouvelle procédure de passation (interruption dite « provisoire » ou « partielle »), soit être qualifiée de « définitive » lorsque le pouvoir adjudicateur n'a plus besoin de l'objet du marché ou qu'il préfère procéder à un achat *in house* plutôt qu'à l'externe. Ni l'appel d'offres ni même l'adjudication n'impliquent de promesse ou d'obligation de contracter. Toutefois, une décision d'adjudication empêche le pouvoir adjudicateur de conclure le contrat avec un autre partenaire que l'adjudicataire ou de lancer une autre procédure de passation ayant le même objet. Une interruption de la procédure de passation doit être justifiée par des motifs importants (*sachliche Gründe*) et ne pas viser à discriminer de manière ciblée un ou quelques concurrents (ATF 134 II 192 consid. 2.3). La question de savoir si les motifs importants étaient prévisibles pour le pouvoir adjudicateur ne joue pas de rôle au stade de la licéité de l'interruption, mais uniquement au stade des dommages-intérêts. Les motifs importants ne doivent pas être abusifs ou manipulateurs. Serait ainsi illicite une interruption destinée à éviter l'adjudication à un certain soumissionnaire ou à permettre, grâce au lancement d'une nouvelle procédure, la prise en compte d'une offre déposée tardivement. Tel est aussi le cas si le pouvoir adjudicateur avait uniquement lancé un appel d'offres aux fins de sonder le marché ou d'obtenir un know-how, sans avoir d'intention de conclure un contrat (consid. 3.1-3.5).

*Non-respect des
critères d'aptitude*

- TAF B-4071/2014 du 24 octobre 2014 (f) – Recours contre l'exclusion d'un soumissionnaire ne remplissant pas un critère d'aptitude.

Le pouvoir adjudicateur fixe les critères d'aptitude et les moyens de preuves y relatifs en tenant compte de la nature et de l'importance du marché en cause, et les publie dans l'appel d'offres ou les documents d'appel d'offres (art. 9 LMP ; art. 9 OMP) (consid. 3). Pour autant qu'il respecte les principes de transparence, d'égalité de traitement, d'interdiction de discrimination et de libre concurrence, le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation dans le choix des critères d'aptitude et d'adjudication, des justificatifs requis, ainsi que dans l'évaluation de ces critères. Dans le cadre de son contrôle, le juge doit dès lors faire preuve d'une certaine retenue et laisser au pouvoir adjudicateur une latitude de jugement, d'autant plus étendue que le domaine exige des connaissances techniques. Les critères d'aptitude et d'adjudication doivent être interprétés au regard du principe de la confiance. Les « règles du jeu » définies par le pouvoir adjudicateur doivent rester stables tout au long de la procédure de passation (consid. 7.3.1). Ne pas satisfaire aux critères d'aptitude entraîne l'exclusion du soumissionnaire. L'insuffisance face à un critère de qualification ne peut pas être compensée par un excédent face à d'autres critères. Il serait inadmissible de retenir une offre qui ne répondrait pas aux critères de qualification (consid. 8.1.1). La rectification autorisée par l'art. 25 OMP vise seulement à permettre au pouvoir adjudicateur de rectifier des offres du point de vue technique et/ou comptable de manière uniforme, de sorte qu'elles puissent être comparées objectivement, mais non à les compléter ou à les modifier sous peine de porter atteinte à l'égalité de traitement entre les concurrents (art. 1 al. 2 LMP). Il faut réserver l'interdiction du formalisme excessif (art. 29 al. 1 Cst.) et la protection de la bonne foi (art. 9 Cst.) qui permettent au pouvoir adjudicateur de faire réparer un défaut de moindre importance, comme une erreur formelle ou l'omission d'un document résultant manifestement d'une inadvertance (consid. 8.2.1).

Le pouvoir adjudicateur peut tenir compte des connaissances et expériences déjà acquises pour se représenter l'aptitude ou la qualité d'un soumissionnaire, en particulier dans une branche spécialisée où tous se connaissent ; ces antécédents sont incontournables et il n'est pas en soi illicite de s'y référer (consid. 8.2.3).

Transparence des sous-critères d'adjudication et de leur pondération

• TAF B-2960/2014 du 28 octobre 2014 (d) – Recours contre l'adjudication du marché de fournitures de nouveaux trains internationaux aux CFF. Refus de l'effet suspensif.

Conformément au principe de la transparence (art. 1 al. 1 let. a LMP), les critères d'adjudication et leur pondération doivent être publiés (art. 21 LMP, art. 27 OMP et ch 7 de l'annexe 5 à l'OMP). Le principe de la transparence étant de nature formelle, sa violation entraîne en règle générale une annulation de la décision, même en l'absence d'un lien de causalité entre l'illicéité et l'adjudication. Tel est notamment le cas lorsque des critères d'adjudication importants n'ont pas été annoncés aux soumissionnaires ou ont été modifiés de manière significative durant la procédure de passation, p.ex. en faisant passer la pondération du critère du prix de 30% à 60%. Peut rester ouverte la question de savoir s'il devrait en aller autrement lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer que la violation du principe de transparence n'a pas pu influencer l'adjudication (arrêt du TF du 24 août 2001, 2P.299/2000, consid. 4). Il n'y a en revanche pas de violation du principe de la transparence lorsque des sous-critères d'adjudication, non publiés, tendent uniquement à concrétiser un critère principal publié et ne sortent pas de ce qui est communément observé pour définir ce critère principal, ni ne se voient accorder une importance prépondérante qui serait équivalente à celle d'un critère publié (ATF 130 I 241, consid. 5.1) (consid. 4.2.8).

Qualité pour recourir dépendant d'une chance réelle

• TAF B-364/2014 du 16 janvier 2015 (d) – Recours par un soumissionnaire classé au deuxième rang contre l'adjudication d'un marché de services informatiques relatif à un nouveau moteur de recherche (Internet et Intranet) pour toute l'administration fédérale. Le pouvoir adjudicateur interprète le critère d'adjudication relatif au prix, mentionné dans l'appel d'offres et développé dans les documents d'appel d'offres, comme comprenant tous les coûts, y compris ceux relatifs à des licences pour des produits Microsoft dont l'administration fédérale dispose déjà grâce à un accord-cadre. Annulation de l'adjudication.

Le TAF adapte sa jurisprudence à la suite de l'arrêt du TF du 15 septembre 2014 (ATF [141 II 14](#), consid. 4.4). Le soumissionnaire évincé n'a pas qualité pour recourir déjà du seul fait qu'il a participé à la procédure de passation et que son offre n'a pas été retenue (art. 48 al. 1 let. a PA). Il faut encore que le soumissionnaire ait ou ait eu, une chance réelle d'obtenir l'adjudication du marché (art. 48 al. 1 let. c PA). Selon le TAF, cette jurisprudence du TF en matière de légitimation active ne vaut toutefois qu'en présence de purs griefs relatifs à l'évaluation

(consid. 3.3). En l'espèce, la recourante était classée au second rang, de sorte qu'elle a intérêt à l'annulation de l'adjudication.

Modification a posteriori d'un critère d'adjudication

- Les griefs relatifs à l'appel d'offres, pour autant que leur signification et leur portée soient d'emblée reconnaissables, ne peuvent pas être soulevés seulement au stade du recours contre l'adjudication, sous peine de tardiveté (art. 29 let. b LMP). En revanche, les documents d'appel d'offres ne sont pas séparément attaquables et peuvent être contestés au stade de l'adjudication du marché (art. 29 let. a LMP). La jurisprudence du TAF relative aux marchés fédéraux diffère sur ce point de celle du TF relative aux marchés cantonaux et communaux (consid. 5.4).
- L'appel d'offres et les documents d'appel d'offres doivent être interprétés tels qu'ils peuvent et doivent être compris de bonne foi par un soumissionnaire. La volonté subjective du pouvoir adjudicateur n'est pas pertinente (consid. 5.6 et 6.3.1). En l'espèce, l'obligation d'indiquer « tous les coûts » n'était pas claire ; elle pouvait être interprétée comme incluant soit uniquement les coûts propres au moteur de recherche proposé, soit aussi les licences des autres programmes Microsoft nécessaires mais dont l'administration disposait déjà du fait d'un autre contrat. Il ne s'agit pas non plus d'une pratique usuelle, car on ne connaît pas d'exemple analogue où le pouvoir adjudicateur aurait ainsi pris en compte l'ensemble des coûts (*Vollkostenbetrachtung*). Les informations relatives à la part du coût des licences Microsoft déjà détenues par l'administration fédérale, et qui devrait être imputée à l'utilisation du moteur de recherche, ne sont pas non plus facilement disponibles. Le pouvoir adjudicateur lui-même n'a pas pu indiquer cette part du coût au TAF. Enfin, le comportement effectif des autres soumissionnaires constitue aussi une indication quant à la manière dont devaient être comprises les indications figurant dans les documents d'appel d'offres. Or, tous les autres soumissionnaires ont dû, comme la recourante, compléter leur offre quant au critère du prix (consid. 6.3).
- Les principes de transparence (art. 1 al. 1 let a LMP) et d'égalité de traitement (art. 1 al. 2 LMP) imposent au pouvoir adjudicateur de s'en tenir aux critères d'adjudication publiés dans l'appel d'offres et les documents d'appel d'offres. Comme, en l'espèce, une interprétation de bonne foi du critère du prix ne permettait pas de comprendre qu'il incluait une « *Vollkostenbetrachtung* », l'introduction de cette exigence au stade de la rectification des offres (art. 25 OMP) constitue une modification illégale du critère du prix, qui viole le principe de la transparence. Même si le pouvoir adjudicateur a voulu *in casu* observer une neutralité technologique

dans la définition de l'objet du marché, afin d'assurer une large ouverture à la concurrence, il aurait pu et dû indiquer d'emblée clairement l'obligation pour les soumissionnaires d'incorporer dans le prix de leurs offres les coûts afférents à des programmes dont disposait déjà l'administration en vertu d'accords-cadres passés avec Microsoft. En l'espèce, il y a un lien de causalité entre la violation du principe de transparence et la non-adjudication du marché à la recourante, dont l'offre trop chère a été classée au deuxième rang (consid. 8).

Effet erga omnes de l'annulation

- Suite à l'arrêt du TF du 15 septembre 2014 (ATF [141 II 14](#), consid. 4.7), le TAF modifie sa jurisprudence en ce sens que l'annulation de l'adjudication n'est plus limitée seulement à la recourante et à l'adjudicataire, mais qu'elle étend ses effets à tous les soumissionnaires avant déposé une offre.

En l'espèce, le TAF ne peut pas réformer lui-même la décision d'adjudication (art. 32 al. 1 LMP), faute de savoir quel aurait été le contenu des offres de la recourante et des autres soumissionnaires si le critère du prix avait clairement inclus d'emblée la *Vollkostenbetrachtung* (consid. 9).

Irrecevabilité du recours en cas de non-respect d'un critère d'aptitude

- TAF B-6783/2014 du 23 février 2015 (i) – La recourante conteste, d'une part, sa propre exclusion pour non-respect d'un critère d'aptitude technique évalué sur la base des références fournies et, d'autre part, la non-exclusion de l'adjudicataire en dépit d'une préimplication de celui-ci (art. 21 a OMP). Refus de l'effet suspensif en raison d'une absence *prima facie* de chance de succès du recours. Lorsque l'exclusion de la recourante pour non-respect d'un critère d'aptitude s'avère *prima facie* fondée, il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur le second grief relatif à la préimplication de l'adjudicataire. En effet, même si ce second grief s'avérait bien fondé, la situation de la recourante resterait inchangée, en ce sens que, faute de remplir les critères d'aptitude, elle n'entrerait de toute façon pas en considération lors de la nouvelle adjudication. La recourante ne dispose pas, *prima facie*, de la légitimation active (consid. 5 et 7).

Modification des critères d'adjudication et de l'échelle des notes

- TAF B-7216/2014 du 24 février 2015 (d) – Recours du soumissionnaire classé au deuxième rang contre l'adjudication par l'OFROU d'un marché de travaux sur la route du col du Simplon. Octroi de l'effet suspensif.

Selon le principe de transparence, le pouvoir adjudicateur doit publier à l'avance les critères d'adjudication et leur ordre d'importance (art. XI par. 4 GPA 2012 ; art. 1 al. 1 let. a LMP ; art. 21 al. 2 LMP ; art. 27 al. 1 OMP ; ch. 6 de l'annexe 5 à l'OMP). Une modification ultérieure des critères d'adjudication, que ce soit par l'ajout ou le retranchement d'un critère ou par une modification de la pondération, viole les principes de transparence et d'égalité de traitement. Compte tenu de la nature formelle du principe de transparence, sa violation entraîne en règle générale l'annulation de la décision attaquée. Est laissée ouverte la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de démontrer une absence de causalité, en ce sens que la violation du principe de transparence n'aurait pas influencé l'adjudication. Le pouvoir adjudicateur dispose d'une large marge d'appréciation dans le choix et la pondération des critères d'adjudication, ainsi que dans l'évaluation de ceux-ci. Le TAF ne vérifie à ce titre que l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (consid. 4).

En l'espèce, il ressort de l'appel d'offres et des documents d'appel d'offres que le pouvoir adjudicateur attachait une grande importance à la fluidité du trafic durant les travaux qui devaient durer trois ans. Au titre de l'offre de base, il était exigé une circulation sur deux voies durant les mois d'hiver et uniquement en cas d'urgence durant les mois d'été. L'échelle de notes incluses dans les documents d'appel d'offres allait de 0 à 5, où la note 3 correspondait à suffisant, 4 à bien et 5 à très bien. Lors du debriefing, le pouvoir adjudicateur a exposé qu'une note supérieure à 3 (note suffisante pour un critère rempli) n'était attribuée que si l'offre présentait une « valeur ajoutée » permettant des économies de coûts ou une meilleure utilisation. L'adjudicataire a inclus dans son offre de base une circulation sur deux voies durant 2 semaines chaque été, et a obtenu à ce titre une note de 4 (bon) au titre du critère d'adjudication relatif au programme des travaux. La recourante n'a obtenu qu'une note 3 pour ce critère, en offrant une circulation sur deux voies uniquement en hiver ou en cas d'urgence durant l'été. Le rapport d'évaluation des offres a aussi examiné spécifiquement si les deux autres soumissionnaires évincés avaient offert une circulation sur deux voies en été. En adjudgeant le marché à une entreprise qui s'était écartée de l'offre de base (circulation sur une voie en été), à savoir *de facto* à une variante sans offre de base, le pouvoir adjudicateur s'est écarté, d'une part, du système de notation tel que défini dans l'appel d'offres et, d'autre part, des conditions définies pour l'offre de base. Il a *prima facie* violé le principe de transparence. Une causalité entre cette violation et l'adjudication paraît donnée, car une notation différente (meilleure pour la recourante et moins bonne pour l'adjudicataire) des deux

critères d'adjudication dans lesquels la circulation pouvait jouer un rôle, pourrait modifier l'adjudication en faveur de la recourante (consid. 5).

*Définition d'un
marché de travaux et
de la valeur du marché*

- TAF [B-579/2015](#) du 19 mars 2015 (i) – Irrecevabilité du recours contre l'adjudication par l'OFROU d'un marché de travaux d'électricité dans un tunnel autoroutier.

La détermination du type de marché, en tant que marché de travaux, de fournitures ou de services (art. 5 al. 1 let. a-c LMP) dépend notamment de la classification CPCprov. En l'espèce les travaux de changement des commandes de signalisation constituent des marchés de travaux selon la catégorie 51 CPC, plus particulièrement les catégories 51320 (*construction work for civil engineering [...] for tunnels*) et 5164 (*electrical work*) (consid. 4.4.5).

Il est interdit de subdiviser un marché en vue d'éviter l'application de la LMP (art. 7 al. 1 LMP). Lorsque plusieurs marchés de travaux sont adjugés pour la réalisation d'un même ouvrage, la valeur totale de l'ouvrage est déterminante (art. 7 al. 2 LMP), sous réserve de l'application de la « clause bagatelle (art. 14 OMP). Pour déterminer si l'on est en présence d'un marché de travaux isolé ou si ce dernier fait partie d'un ouvrage, il faut se référer à la fonction économique ou technique du projet (consid. 4.3). En l'espèce, le marché de travaux d'électricité constituait un lot (valeur estimée CHF 751'360) dans le cadre de l'ouvrage relatif à la sécurité du tunnel Gentilino (valeur globale de l'ouvrage estimée à CHF 4'608'682). Dès lors que la valeur globale de l'ouvrage est inférieure aux valeurs seuils déterminante pour l'application de la LMP (art. 6 al. 1 let. c LMP), le recours est irrecevable (consid. 4.4).

*Qualité de pouvoir
adjudicateur assujetti
de La Poste Suisse*

- TAF B-4288/2014 du 25 mars 2015 (d) – Adjudication par La Poste Suisse d'un marché de services de conseil en fourniture d'électricité pour une durée de 4 ans. Recours déposé par un soumissionnaire évincé au motif que le critère relatif à l'indépendance du prestataire, tel que défini de manière très étroite par le pouvoir adjudicateur, constituerait un critère d'adjudication « étranger » à l'objet du marché et qui restreindrait à l'excès la concurrence.

Les services postaux de La Poste Suisse font partie des pouvoirs adjudicateurs de niveau central soumis à la LMP, pour autant que leurs activités ne soient pas en concurrence avec celles d'entreprises non assujetties (art. 2 al. 1 let. d LMP ; annexe 1 de l'Appendice I au GPA, et note de bas de page n° 2). En l'espèce, il paraît vraisemblable que seule une partie des services de conseil serviront à la fourniture d'électricité pour les activités postales de la Poste

Suisse encore sous monopole (les lettres de moins de 50 grammes), tandis qu'une part importante sera destinée aux services libéralisés. Pour des raisons de praticabilité et d'efficacité, La Poste Suisse a renoncé à passer des marchés séparés pour ses services postaux sous monopole ou pour ceux libéralisés. Il ne faut pas appliquer par analogie la théorie du centre de gravité ou de la prépondérance qui sert à déterminer le type de marché en cas de marché mixte. Compte tenu de la faible part des activités de La Poste encore couverte par un monopole, cette théorie aboutirait à exclure la plupart des marchés passés par La Poste du champ d'application de la LMP. Un tel résultat n'a pas été voulu par la Suisse, qui a maintenu l'assujettissement des services postaux de La Poste dans le cadre du GPA 2012. En conséquence, les services postaux de La Poste Suisse sont un pouvoir adjudicateur assujéti à la LMP (consid. 2.1).

*Marché de service et
marché de fourniture
d'électricité*

- Dans l'hypothèse où le marché en cause est un marché mixte comportant des services de conseil ainsi que la fourniture d'électricité, il faut interpréter la Note relative à l'annexe 1 de l'Appendice I au GPA (« Le présent accord ne s'applique pas aux marchés passés par des entités énumérées dans cette annexe et portant sur des activités dans les secteurs de l'eau potable, de l'énergie, des transports ou des télécommunications »). Selon une première interprétation, l'achat d'énergie par une entité énumérée aux annexes 1 ou 2 (comme La Poste Suisse) ne serait pas soumise à la LMP. Selon une seconde interprétation, cette exclusion constituerait plutôt une réserve relative aux pouvoirs adjudicateurs actifs dans les secteurs (annexe 3 à l'Appendice I au GPA) (consid. 2.2.2.3). En l'espèce toutefois, il s'agit uniquement d'un marché de services.

*Violation de la bonne
foi en l'absence de
recours contre les
documents d'appel
d'offres*

- Le critère d'adjudication relatif à l'indépendance du soumissionnaire n'était pas explicité dans l'appel d'offres lui-même, mais uniquement dans les documents d'appel d'offres, en ce sens qu'il exigeait une indépendance organisationnelle et financière (détenion de capital) du soumissionnaire par rapport à des fournisseurs et/ou des distributeurs d'énergie. En matière de marchés publics fédéraux, contrairement aux marchés publics cantonaux et communaux, les documents d'appel d'offres ne sont pas assimilés à l'appel d'offres lui-même et ne doivent pas être attaqués simultanément à celui-ci. Ils sont généralement contestés avec l'adjudication (consid. 3.3 et 3.4). Il faut réserver une obligation déduite du principe de la bonne foi d'attaquer immédiatement les documents d'appel d'offres, sous peine de forclusion (consid. 3.5.1). En l'espèce, des fournisseurs et

distributeurs d'énergie participent au capital de la recourante, de sorte que celle-ci ne remplissait le critère d'adjudication de l'indépendance tel que défini dans les documents d'appel d'offres. Toutefois, la recourante se trouvait dans une circonstance particulière, car elle avait obtenu l'adjudication d'un marché antérieur « EDM & Billing » passé par La Poste Suisse, et dans lequel le critère de l'indépendance était aussi appliqué, mais dans un sens différent. En raison de cette circonstance particulière, la recourante n'a pas violé le principe de la bonne foi, et son recours n'est pas tardif (consid. 3.6-3.9).

*Critère d'adjudication
« étranger »*

Le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix et la pondération des critères d'adjudication. Pour chaque marché, le pouvoir adjudicateur doit concrétiser « l'offre économiquement la plus avantageuse » en choisissant parmi un catalogue de critères d'adjudication énumérés de manière non exhaustive dans la réglementation (art. 21 al. 1 LMP et art. 27 OMP). Les critères d'adjudication sont de nature relative, en ce sens qu'ils sont plus ou moins bien remplis. Les critères à caractère protectionniste sont interdits. Les critères d'adjudication « étrangers », à savoir ceux qui visent la protection d'un intérêt général sans se référer à une qualité attendue de l'objet du marché, ne sont admissibles que pour autant qu'ils reposent sur une base légale en droit des marchés publics. Dès lors qu'ils ne se rapportent ni à la qualité ni à l'économicité de l'offre, les critères étrangers ne sont pas aptes à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Ils entrent en conflit avec les objectifs du droit des marchés publics de renforcer la concurrence entre les soumissionnaires et de favoriser l'utilisation économique des fonds publics (art. 1 al. 1 let. b et c LMP). Afin d'éviter tout abus, il faut examiner la justification de l'utilisation d'un critère étranger au regard de l'objet du marché en cause. Les principes de transparence et d'égalité de traitement doivent d'autant plus être respectés en présence de critères d'adjudication étrangers. La pondération de tels critères doit aussi être limitée (consid. 4.2-4.4).

En l'espèce, le critère de l'indépendance du soumissionnaire a pour but d'éviter les conflits d'intérêts. Un tel objectif n'est pas étranger au droit des marchés publics, qui contient des règles en matière de préimplication (art. VI par. 4 GPA ; art. 21a OMP) et en matière d'égalité de traitement des soumissionnaires. Le GPA 2012, certes non encore en vigueur pour la Suisse, contient aussi des règles en matière de corruption et de conflits d'intérêts. Si un soumissionnaire défend des intérêts contradictoires, cela peut conduire à une perte de qualité ou à des manipulations de prix, de sorte que le pouvoir adjudicateur pouvait valablement vouloir se

prémunir contre d'éventuels conflits d'intérêts. Même si le critère d'adjudication lié à l'indépendance devait être considéré comme une prise en compte de la « meilleure aptitude » du soumissionnaire, la jurisprudence admet la *Mehreignung*. En conséquence, l'indépendance ne constitue pas en l'espèce un cas classique de « critères étrangers » (consid. 4-5-4.6).

*Critère d'adjudication
restreignant de manière
excessive la concurrence*

• Dans le choix et la pondération des critères d'adjudication, le pouvoir adjudicateur doit veiller à ce qu'une concurrence résiduelle suffisante subsiste. Il faut aussi prendre en compte la pondération des critères d'adjudication et la méthode de notation utilisée. En l'espèce, la concurrence a été excessivement restreinte. Premièrement, le critère de l'indépendance était défini de manière si étroite que seuls deux soumissionnaires pouvaient le remplir. Deuxièmement, le critère de l'indépendance avait en l'espèce une pondération de 20%, alors que celui de l'économicité était pondéré à 25%. La jurisprudence et la doctrine considèrent que les critères étrangers ne devraient pas dépasser une pondération de 10%. Même si l'indépendance n'est pas un critère étranger *stricto sensu*, une prudence analogue s'impose dans sa pondération au vu des particularités du marché en cause. Troisièmement, la méthode de notation du critère de l'indépendance était basée sur un système du tout ou rien (2000 points ou 0 point, sur un total maximum de 10'000 points), ce qui renforçait encore l'impact de ce critère d'adjudication (consid. 4.8).

•