

Droit des marchés publics

Evelyne Clerc, Yvan Fauchère, Huseyin Celik

Législation

Au niveau international

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

Marchés publics fédéraux

- Loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP ; RS 172.056.1) :
 - modification du 18 mars 2011 – modification de l'art. 21 al. 1^{bis}, par la Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI) (RO 2011 5659) ; entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012
 - modification du 17 juin 2011 – modification de l'art. 2 al. 1 let. g, par la Loi sur l'Institut fédéral de métrologie (LIFM) (RO 2011 6515) ; entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012
 - modification du 23 novembre 2011 – modification de l'art. 6 al. 1, par l'ordonnance du DFE sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour les années 2012 et 2013 (RO 2011 5581) ; en vigueur du 1^{er} janvier 2012 au 31 décembre 2013
 - rejet du projet de révision de l'art. 28 LMP relatif à l'effet suspensif du recours (Message du CF du 19 mai 2010, FF 2010 p. 3701)
- Ordonnance du 22 novembre 2006 sur l'organisation des marchés publics de la Confédération (Org-OMP ; RS 172.056.15), modification du 9 décembre 2011 – modification des art. 8 al. 4 ; 17 al. 2 ; 21 al. 2, par l'ordonnance sur l'informatique et la télécommunication dans l'administration fédérale (OIAF) (RO 2011 6093) ; entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012
- Loi fédérale du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques (Loi sur les forces hydrauliques, LFH ; RS 721.80), modification du 23 décembre 2011 – modification des art. 60 al. 3^{bis} ; 62 al. 2^{bis}, par la Loi fédérale modifiant la loi sur l'utilisation des forces hydrauliques et la Loi sur l'approvisionnement en électricité (RO 2012 3229) ; entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2012
- Loi du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (LApEl ; RS 734.7), modification du 23 décembre 2011 –

modification des art. 3a et art. 5 al.1, par la Loi fédérale modifiant la Loi sur l'utilisation des forces hydrauliques et la Loi sur l'approvisionnement en électricité (RO 2012 3229) ; entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2012

- Loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT ; RS 221.215.311), modification du 15 juin 2012 – modification de l'art. 1a, par la Loi fédérale portant modification des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes (FF 2012 5487) ; délai référendaire au 4 octobre 2012
- Loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures d'accompagnement (Loi sur les travailleurs détachés ; RS 823.20), modification du 15 juin 2012 – modification des art. 1, titre, al. 2 et 3 ; 1a ; 1b ; 2 al. 1 let. a ; 3 1^{ère} phrase ; 6 al. 1 let. a ; 7 al. 2 ; 9 al. 2 et 3 ; 12. al. 1 let. c et d ; et art. 14, par la Loi fédérale portant modification des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes (FF 2012 5487) ; délai référendaire au 4 octobre 2012

Marchés publics
cantonaux et
communaux

- Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 25 novembre 1994/15 mars 2001, modification du 21 novembre 2011 – annexes 1 et 2 à l'AIMP (valeurs seuils pour les années 2012/2013) modifiées par la communication de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics

Doctrine

- Arrowsmith Sue, Anderson Robert (édit.), *The WTO Regime on Government Procurement – Challenge and Reform*, Cambridge 2011
- Association PPP Suisse (édit.), *Partenariat Privé Public (PPP) - Guide pratique Bâtiment, avec rapport sur l'expérience du projet pilote, Neumatt (BE)/Zurich 2011*
- Bellanger François, *Marchés publics et concessions*, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), *Aktuelles Vergaberecht 2012/Marchés Publics 2012*, Zurich 2012, 167
- Bellanger François, *Sport et partenariats public-privé (PPP)*, in : Pascal Mahon, Minh Son Nguyen (édit.), *L'activité et l'espace : Droit du sport et aménagement du territoire – Mélanges en l'honneur de Piermarco Zen-Ruffinen*, Bâle 2011, 121
- Berger Meyer Cécile, Ledermann David, *Coordination et structuration en matière de PPP*, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), *Aktuelles Vergaberecht 2012/Marchés Publics 2012*, Zurich 2012, 437

- Beyeler Martin, Legitimation zur Zuschlagsanfechtung ohne vorherige Offertstellung, DC 4/2011, 222
- Beyeler Martin, Personalverleih oder Informatikdienstleistung ?, DC 4/2011, 224
- Beyeler Martin, Dienstleistungsauftrag : Bewertung nach vorgegebener Stundenzahl, DC 4/2011, 227
- Beyeler Martin, Zuschlagskriterium « Public Voting », DC 2/2012, 99
- Beyeler Martin, Gemittelte Stundenansätze als Vergütungsvariante, DC 2/2012, 101
- Beyeler Martin, « Stahlbaukonstruktion » : Zum Gehalt von Eignungskriterien, DC 2/2012, 103
- Beyeler Martin, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts – Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Zurich 2012
- Beyeler Martin, Stöckli Hubert, Rechtsprechung aus den Jahren 2010-2012, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2012/Marchés Publics 2012, Zurich 2012, 65
- Brahier Jean-Michel, Respect du délai de remise des projets, DC 2/2012, 108
- Bühler Simon, Der Fluch des Gewinners in der öffentlichen Beschaffung, PJA 5/2012, 685
- Burkhalter Peter, Emery Emmanuel, Projet d'infrastructures en PPP, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2012/Marchés Publics 2012, Zurich 2012, 451
- Calame Richard, Collectivités publiques et PPP institutionnel – aspects choisis, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2012/Marchés Publics 2012, Zurich 2012, 467
- Carron Benoît, Les contrats avec le développeur-contracteur, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2012/Marchés Publics 2012, Zurich 2012, 479
- Dubey Jacques, Des modalités et des critères d'appréciation d'un concours, DC 4/2011, 231
- Dubey Jacques, Le jugement de concours, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2012/Marchés Publics 2012, Zurich 2012, 245
- Dubey Jacques, Les règles sur la mention face au principe de l'égalité, DC 2/2012, 105
- Dubler Hedwig, Keusen Ulrich, PPP in Grossbritannien – kein Königsweg, DC 1/2012, 4

- Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Administrativuntersuchung – Beschaffungsprozesse INSIEME, 13 juin 2012, <http://www.efd.admin.ch/dokumentation> (visité le 5 septembre 2012)
- Grüniger German, Bussen gegen Submissionskartelle und die Anforderungen an « Compliance »-Programme, DC 2/2012, 130
- Keunen Ulrich, PPP – wie beschafft man das ?, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2012/Marchés Publics 2012, Zurich 2012, 387
- Kunz Daniel, Konzessionen – durchdachte Ausgestaltung und korrekte Vergabe, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2012/Marchés Publics 2012, Zurich 2012, 205
- Laux Christian, Freihandvergabe Microsoft EA09 – Bundesgericht vom 11. März 2011, Keine Konkurrentenbeschwerde ohne angemessenes Substitutionsprodukt, sic! 10/2011, 595
- Lutz Daniela, Varianten – Chance oder schwer kalkulierbares Risiko ?, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2012/Marchés Publics 2012, Zurich 2012, 325
- Meier Markus, Schulte Strathaus Monica, Schumann Anna, Public Private Partnership bei Bau- und Infrastrukturprojekten, L'expert-comptable suisse 10/2011, 851
- Müller-Tschumi Thomas, Der PPP-Projektvertrag beim Inhabermodell, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2012/Marchés Publics 2012, Zurich 2012, 403
- Perritaz Pierre, Le transfert du bien-fonds de la collectivité publique à l'investisseur : vente ou droit de superficie, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2012/Marchés Publics 2012, Zurich 2012, 487
- Poledna Tomas, Graber Daniele, Gygax Reto, Submissionsrecht, in : Kurer Martin, Quinto Cornel, Maffioletti Walter (édit.), Handbuch zum Bauwesen, Zurich/St-Gall 2012, 275
- Ramer Erich, Günstigst statt billigst – Anstösse aus Planersicht, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2012/Marchés Publics 2012, Zurich 2012, 299

- Rechsteiner Peter, PPP (Public-Private-Partnership) – eine kurze Übersicht, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.),

Aktuelles Vergaberecht 2012/Marchés Publics 2012, Zurich 2012, 377

- Reich Bertrand, Marchés publics. Le prix : un critère comme les autres ?, RDAF 1/2012 I, 63
- Scherler Stefan, « Erfahrung » und « ökologische Überlegungen » als Zuschlagskriterien, DC 4/2011, 233
- Scherler Stefan, Die Verfügungen im Vergaberecht, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2012/Marchés Publics 2012, Zurich 2012, 347
- Scherler Stefan, Vorbefassung : Ausstands- und Ausschlussgrund, DC 2/2012, 109
- Schneider Heusi Claudia, Sind öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen dem Vergaberecht unterstellt ?, DC 2/2012, 52
- Stöckli Hubert, Beyeler Martin (édit.), Das Vergaberecht der Schweiz : Staatsverträge, Bundesrecht, Konkordat, 8^e éd., Zurich 2012
- Stöckli Hubert, Beyeler Martin, Neues GPA, neue Urteile, neue Tendenzen, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2012/Marchés Publics 2012, Zurich 2012, 27
- Trüeb Hans Rudolf, Zimmerli Daniel, Spitalfinanzierung und Vergaberecht, Zurich 2012
- Tüscher Eduard, Die KBOB-Vorlagen für GU- und TU-Verträge, DC 4/2011, 268
- VPL-ASPAN (édit.), Jäger Christoph, Transactions immobilières et Droit des Marchés publics, Territoire & Environnement Juillet n° 4/12
- Zufferey Jean-Baptiste, Krauskopf Bartosch Renate, Lei Olivia (édit.), Réglementation des marchés publics en Suisse : Textes, références, commentaires divers, Zurich 2012
- Zufferey Jean-Baptiste, Les grandes nouveautés en droit des marchés publics : réglementation, jurisprudence et autres éléments, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2012/Marchés Publics 2012, Zurich 2012, 1
- Zufferey Jean-Baptiste, Aspects contractuels et institutionnels, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2012/Marchés Publics 2012, Zurich 2012, 429

- Zufferey Jean-Baptiste, Grisel Rapin Clémence, Jurisprudence choisie du canton du Tessin en matière de marchés publics, DC 1/2012, 31

Jurisprudence

Tribunal fédéral

Préimplification

- [TF 2C 66/2011](#) du 1^{er} septembre 2011 (f) – Recours contre l’appel d’offres pour un marché public de services de laboratoire lancé par une association d’hôpitaux vaudois, en raison de la participation d’un soumissionnaire préimpliqué : l’association hospitalière détient 10% du capital-actions du soumissionnaire et est représentée par son directeur dans le conseil d’administration dudit soumissionnaire, tandis que le responsable du soumissionnaire dirige les laboratoires de l’association hospitalière et a participé activement à la rédaction de l’appel d’offres.
 - La préimplification et ses conséquences n’ont été traitées dans la jurisprudence rappelée ici que sous l’angle restreint du droit à l’égalité (art. 8 Cst.), de sorte qu’une question juridique de principe se pose bien. Toutefois, l’AIMP ne contient pas de disposition *self-executing* relative à la préimplification, de sorte qu’il ne peut revêtir de force dérogatoire à l’égard du droit cantonal vaudois contesté. Comme il est exclu d’invalider l’art. 7 al. 1 du règlement vaudois sur les marchés publics (RLMP/VD) en invoquant une violation du droit intercantonal, le recours en matière de droit public est irrecevable (consid. 2.1.3-2.1.4).
 - Dans le cadre du recours constitutionnel subsidiaire, l’art. 8 Cst. n’interdit pas aux cantons de choisir une solution plus stricte en matière de préimplification, qui écarte la nécessité de démontrer l’existence d’un avantage concurrentiel ainsi que la possibilité éventuelle de compenser un tel avantage. Une solution aussi stricte que celle prévue par l’art. 7 al. 1 RLMP/VD – selon lequel « les membres des autorités adjudicatrices, les personnes et entreprises qui participent à la procédure de passation des marchés publics ne peuvent présenter d’offres » – reste dans le large pouvoir d’appréciation dévolu aux cantons par l’art. 8 Cst., notamment aussi parce qu’elle correspond au contenu du § 8 des Directives pour l’exécution de l’AIMP (DEMP) (consid. 4.3 - 4.4).

*Caractère
juridictionnel de
l’autorité de recours
cantonale*

- [TF 2D 50/2011](#) du 18 septembre 2011 (d) – Irrecevabilité du recours constitutionnel subsidiaire contre l’arrêt de la commission d’estimation soleuroise annulant une décision communale d’interruption et répétition d’une procédure de passation de

marchés publics – Même si la procédure soleuroise prévoit que la commission d'estimation statue de manière définitive sur les recours en matière de marchés publics locaux, cette commission n'est pas un tribunal supérieur au sens de l'art. 86 al. 2 LTF, de sorte que le TF transmet le recours pour traitement au tribunal administratif soleurois (consid. 2.2).

*Qualité pour recourir
d'un consortium*

- [TF 2C. 585/2011](#) du 20 septembre 2011 (f) – Recours cantonal déposé par un seul membre du consortium contre une adjudication de travaux. La recourante, par retour du courrier du Tribunal cantonal l'invitant à se prononcer sur la recevabilité, a produit deux procurations émanant des autres entreprises membres du consortium et qui chargeaient la recourante de les représenter dans le recours. En conséquence, le Tribunal cantonal valaisan a fait preuve de formalisme excessif (art. 29 al. 1 Cst.) en déclarant le recours irrecevable ; le recours constitutionnel subsidiaire est admis (consid. 2).

Prévention

- [TF 2C. 450/2011](#) du 26 septembre 2011 (d) – La recourante se plaint du fait que l'ingénieur cantonal de Schwytz, qui était compétent au moment de la passation du marché litigieux, a été depuis lors engagé par une entreprise appartenant au même groupe que l'adjudicataire, de sorte qu'il n'aurait pas dû participer à la procédure de passation. Selon le TF, le seul changement d'emploi de celui qui fut ingénieur cantonal lors de l'adjudication du marché contesté ne constitue pas une prévention ou partialité (*Befangenheit*) contraire à l'art. 29 al. 1 Cst. De plus, la participation de l'ingénieur cantonal dans la passation du marché en cause revêtait une importance secondaire et de nature exclusivement formelle (consid. 3).

*Définition de l'objet
du marché*

- [TF 2D. 16/2011](#) du 7 octobre 2011 (f) – Recours contre l'adjudication en procédure sélective d'un marché de conservation et restauration de l'enveloppe de la Collégiale de Neuchâtel, au motif que les documents d'appel d'offres ne définissaient pas de manière suffisamment précise l'objet du marché. En l'espèce, le tribunal s'est fondé sur le rapport d'évaluation des offres établi par le jury pour retenir que les deux consortiums candidats proposaient des interventions techniques qualitativement très proches, selon des méthodes correspondant au niveau technique attendu et aux règles de l'art, et sans sous-estimation de l'ampleur des travaux. Ceci démontre que les candidats ont bien compris le cahier des charges, en particulier l'ampleur et les limites du marché, de sorte

que le Tribunal cantonal n'a pas violé le droit d'être entendu en refusant d'ordonner une expertise (consid. 2). Pour les mêmes raisons, l'appel d'offres ne viole pas le principe de transparence (consid. 3).

*Contrat conclu durant
la période de standstill*

• [TF 2C_446/2011](#) du 10 octobre 2011 (f) – Décision incidente du Tribunal cantonal refusant l'octroi de mesures superprovisoires tendant à bloquer l'exécution d'un contrat conclu pendant le délai de recours, en violation de la période de *standstill* prévue par le droit cantonal et l'art. 14 al. 1 AIMP. La juridiction administrative saisie d'un recours contre l'adjudication peut, lorsqu'elle statue sur la requête de mesures provisoires, se réserver pour le cas où elle devrait admettre le recours sur le fond, de donner au pouvoir adjudicateur des instructions quant à la conduite à tenir par rapport au contrat conclu irrégulièrement (arrêt 2C_339/2010 et 2C_434/2010, consid. 3.2 du 11 juin 2010). En l'espèce, le contrat était déjà conclu depuis environ une année et était déjà très largement exécuté, de sorte que le refus de faire cesser l'exécution du contrat n'était pas de nature à causer à la recourante un préjudice irréparable (art. 93 al. 1 let. a LTF) (consid. 1).

*Accès au dossier –
consultation de l'offre
de l'adjudicataire*

• [TF 2D_15/2011](#) du 31 octobre 2011 (f) – Recours constitutionnel subsidiaire concernant l'adjudication du marché portant sur une installation de production et de distribution d'eau pour les patients du centre de dialyse du CHUV.

- La recourante doit démontrer que son intérêt à la communication des pièces litigieuses l'emporte sur celui de sa concurrente à bénéficier de la protection du secret des affaires et de fabrication (art. 11 al. 1 let. g AIMP et art. 18 RLMP/VD). Elle ne peut pas simplement déduire du refus de communication de toutes les données techniques relatives à l'offre de l'adjudicataire une violation du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.), ni se contenter d'articuler de vagues soupçons quant à la non-conformité de l'offre de l'adjudicataire avec le cahier des charges. Par ailleurs, le Tribunal cantonal a vérifié que l'offre litigieuse respectait le cahier des charges et il a transmis les informations nécessaires à la recourante, en partie de manière synthétique en cours d'audience et en partie par la copie de pièces caviardées (consid. 4).

Variantes

- Le cahier des charges prévoyait que les soumissionnaires étaient libres de présenter soit l'offre de base, soit la variante, soit les deux solutions techniques, auxquelles s'appliquaient des critères d'adjudication identiques. Le pouvoir adjudicateur n'a violé ni le principe de non-discrimination (art. 11 al. 1 let. a AIMP et art. 6 al. 1 let. a LMP/VD), ni l'égalité de traitement (art. 8 Cst.) en comparant l'offre de base de l'adjudicataire (à défaut de variante) avec la variante de la recourante (à défaut d'offre de base valable), et en adjugeant le marché public à cette première société (consid. 6).

*Mesures
provisionnelles tendant
à l'octroi de l'effet
suspensif et à
l'interdiction d'exécuter
le marché, en présence
d'un contrat déjà
conclu*

- [TF 2C. 611/2011](#) du 16 décembre 2011 (f) – Décision de Palexpo SA, exploitant un centre d'expositions et de congrès, et dont l'actionnaire majoritaire est l'Etat de Genève, de confier l'installation d'une centrale photovoltaïque sur les toits de ses halles aux Services industriels de Genève (SIG), un établissement de droit public chargé de la fourniture d'eau, gaz, électricité, énergie. Conclusion ultérieure d'un contrat d'entreprise des SIG avec A. Suite de la publication par un journal d'un article annonçant ce projet d'une valeur de CHF 15 millions, X. recourt contre Palexpo SA, les SIG et A., portant sur l'adjudication irrégulière du marché public. Recours au TF contre la décision incidente de la Cour de justice GE refusant l'effet suspensif et l'octroi de mesures provisionnelles visant à l'interdiction d'exécuter le contrat.
 - Le refus d'octroyer l'effet suspensif (art. 17 al. 1 AIMP et art. 58 RMP/GE) à la décision de Palexpo d'adjuger le marché aux SIG, et à la décision des SIG de l'adjuger à A., n'est pas de nature à causer au concurrent évincé un préjudice irréparable (art. 93 al. 1 let. a LTF), les effets indésirables s'étant déjà produits. Le recours au TF est irrecevable sur ce point (consid. 2.1).
 - Le recours est recevable contre la décision incidente refusant l'octroi de mesures provisionnelles tendant à bloquer l'exécution du contrat, lorsque celui-ci n'a pas encore été exécuté intégralement et qu'il peut être scindé en plusieurs parties. Ce serait alors à la recourante (si son action s'avère bien fondée) d'entrer dans le marché pour les phases ultérieures. Il n'est pas exclu qu'un contrat conclu en violation des règles sur les marchés publics soit considéré comme nul dans des cas graves, ou soit entaché d'une invalidité *sui generis*, ou qu'il soit valable mais que sa résiliation puisse être ordonnée à l'adjudicataire par le juge, ces questions n'ayant pas encore été tranchées par la jurisprudence. Le refus d'interdire l'exécution

du contrat est susceptible de causer un préjudice irréparable au recourant (consid. 2.2).

- Le refus de mesures provisionnelles n'est arbitraire (art. 9 Cst.) que si tant la motivation que le résultat de la décision critiquée sont insoutenables. En l'espèce, la motivation de la Cour de justice GE (travaux n'ayant pas encore débuté sur le site) est insoutenable, car, plus l'interdiction d'exécution du marché intervient tôt, plus il est concevable de scinder ensuite le marché afin d'en confier certaines étapes au concurrent évincé à tort. En revanche, le résultat n'est pas arbitraire au vu de l'examen *prima facie* des chances de succès du recours sur le fond (consid. 4.1).

Pouvoir adjudicateur exerçant des tâches publiques en partie de nature industrielle et commerciale, et en partie d'une autre nature – théorie de la contagion

- Les SIG étant un établissement de droit public dont le but statutaire porte sur des tâches publiques et qui, parallèlement, exerce une activité accessoire de nature industrielle et commerciale, la question n'est pas tranchée de savoir s'il est soumis à la réglementation sur les marchés publics pour l'ensemble de son activité, y compris l'activité industrielle et commerciale, ou s'il peut bénéficier de l'exemption pour son activité industrielle ou commerciale accessoire bien que son activité principale soit soumise à la réglementation (art. 8 al. 1 let. a AIMP). Le TF ne s'étant pas encore prononcé sur cette question et les cantons ayant adopté des approches différentes, la Cour de justice pouvait sans arbitraire laisser au juge du fond le soin de résoudre la question de savoir si les SIG devaient être qualifiés de pouvoirs adjudicateurs soumis au droit des marchés publics dans le cadre des contrats conclus en l'espèce (consid. 4.2).

Respect des conditions de travail prévues par une CCT

- [TF 2C.728/2011](#) du 23 décembre 2011 (f) – Recours en matière de droit public contre un arrêté neuchâtelois modulant les tarifs des soins de longue durée dispensés en établissement médico-social (EMS) en fonction de l'application ou non d'une convention collective de travail (CCT) par ceux-ci. Une législation cantonale ne peut subordonner une aide d'Etat ou la conclusion d'un marché public à la condition que les entreprises concluent une convention collective de travail ou y adhèrent. Une telle réglementation serait contraire au caractère exhaustif du droit fédéral (art. 110 Cst. Et LECCCT), ainsi qu'à la liberté d'association (art. 23 Cst.). En revanche, il n'y a pas de violation si la législation cantonale n'exige pas que l'entreprise adhère à une CCT, mais fait uniquement dépendre un comportement ou des prestations au respect des conditions de travail prévues par ladite CCT (consid. 7).

Effet suspensif en cas de contrat conclu sous condition suspensive

• [TF 2C 811/2011](#) du 5 janvier 2012 (f) – Marché public de services adjudgé par l'Aéroport de Genève et portant sur la sécurité et l'accueil des passagers. Irrecevabilité du recours contre la décision incidente refusant l'octroi de l'effet suspensif au soumissionnaire évincé.

- Le contrat étant déjà conclu, la recourante a perdu tout intérêt actuel, puisque l'effet indésirable que visait à empêcher la mesure provisoire (la conclusion du contrat) s'est produit (consid. 1.3-1.4).
- Si le contrat conclu entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire contenait une condition suspensive liée à l'issue du recours déposé par le soumissionnaire évincé, il ne déploierait aucun effet avant le jugement sur le fond du recours. En ce cas, la demande d'effet suspensif n'aurait aucune portée et serait sans objet (consid. 1.5).

Critère d'adjudication « public voting »

• [ATF 138 I 143](#) du 25 janvier 2012 (d) – Marché public de services sur invitation adjudgé par une commune zurichoise afin de réaliser une étude de projet de construction, incluant parmi les critères d'adjudication le score obtenu par chaque offre dans le cadre d'un « *public voting* ».

- Une commune a qualité pour former un recours en matière de droit public lorsqu'elle invoque la violation de son autonomie garantie par les constitutions cantonale ou fédérale (art. 50 al. 1 Cst. ; art. 89 al. 2 let. c LTF). En outre, une commune a qualité pour recourir au titre de l'art. 89 al. 1 LTF lorsqu'elle est contrainte par un jugement cantonal de modifier l'adjudication d'un marché public, et qu'elle est ainsi concernée en tant que détentrice de la puissance publique dans un domaine central de ses activités (la construction d'une maison de commune) (consid. 1.3).
- Le « *public voting* » consiste à faire choisir aux citoyens l'avant-projet qu'ils préfèrent parmi ceux qui leur sont soumis sous la forme d'offres anonymisées. L'admissibilité d'un critère d'adjudication fondé sur le score obtenu par chaque offre dans le cadre d'un *public voting* (pondération du critère : 10%), constitue une question juridique de principe encore jamais tranchée par le TF et qui nécessite d'éclaircir si et dans quelle mesure la volonté populaire peut codécider de l'adjudication d'un marché public (consid. 1.1.2).
- Considérer par principe que le critère d'adjudication du « *public voting* » est inadmissible viole l'autonomie communale. Le

critère du *public voting* entre dans la notion – large – de l'offre économiquement la plus avantageuse prévue par la réglementation zurichoise sur les marchés publics, qui comporte une liste non exhaustive de critères, parmi lesquels l'adéquation. Dès lors que le projet ultérieur de maison de commune sera en tous cas soumis de par la loi au referendum, il apparaît plus économique et adéquat que les autorités communales puissent déjà tenir compte de manière appropriée de la volonté populaire au stade du choix de l'avant-projet. Les deniers publics investis pour l'élaboration du projet proprement dit seraient perdus en cas de rejet ultérieur dudit projet en votation populaire. Le fait qu'un *public voting* implique que les citoyens communiquent leur impression personnelle sans aucune motivation, est inhérent à la démocratie. Toutefois, le *public voting* ne peut pas être assimilé à une votation populaire et il ne permet d'estimer qu'approximativement le degré d'acceptation d'un avant-projet par la population, de sorte que le facteur de pondération attribué à ce critère d'adjudication doit rester relativement faible (consid. 4).

Violation de l'égalité de traitement des soumissionnaires

• [TF 2D_63/2011](#) du 16 février 2012 (f) – Marché de revêtements de parois en bois et dérivés du bois pour la réalisation de trente-six classes et une grande salle de sport d'une école. Recours constitutionnel subsidiaire contre le jugement du Tribunal cantonal valaisan qui annule l'adjudication initiale à X. et attribue le marché à Z. S'agissant du critère de qualification de l'équipe, le Tribunal cantonal a augmenté la note de Z. en prenant en compte le diplôme d'un employé que Z. n'avait pas fourni dans son offre, mais a déposé après coup durant la procédure de recours. Une telle prise en compte viole l'art. 14 al. 1 OMP/VS qui interdit la modification de l'offre après l'échéance du délai de soumission, sous réserve de la correction d'erreurs manifestes. En outre, le Tribunal cantonal a refusé de prendre en compte des diplômes et certificats produits par X. dans le recours, au motif que celle-ci avait omis de les joindre à son offre. Cette façon de procéder viole l'égalité de traitement des soumissionnaires (art. 1 al. 2 AIMP) et a manifestement favorisé l'entreprise Z. (consid. 5.1). Le recours est admis.

Qualité pour recourir du soumissionnaire potentiel contre une adjudication de gré à gré

• [TF 2C_534/2011](#) du 23 février 2012 (f) – Attribution par une association de communes de deux nouvelles lignes de transport par bus à la société TZ. Le recours d'un concurrent potentiel contre l'adjudication de gré à gré est déclaré irrecevable, au motif que le

service de transports publics en cause n'est pas soumis à la législation en matière de marchés publics.

- Dans l'hypothèse où le droit des marchés publics serait applicable, le concurrent potentiel n'aurait qualité pour recourir contre une adjudication de gré à gré qu'en démontrant que le marché en cause devait faire l'objet d'une procédure ouverte. Une telle faculté n'est toutefois réservée qu'à celui qui établit qu'il aurait été en mesure de présenter une offre susceptible d'être retenue dans l'hypothèse d'une procédure ouverte (consid. 4.2). L'attribution litigieuse impliquait la création de deux nouvelles lignes de transports publics fonctionnant six jours sur sept, afin de relier cinq communes, et nécessitant la mise à disposition de cinq autobus, dont un bus articulé, circulant quotidiennement. Le recourant propriétaire d'un seul bus ne dispose pas du matériel et des infrastructures susceptibles de répondre à ces besoins. Le fait d'être titulaire d'une licence de transport, de posséder une longue expérience de conducteur d'autobus et des compétences en matière de contrôle de gestion dans le domaine des transports est manifestement insuffisant pour conférer au recourant la qualité de soumissionnaire potentiel pour le marché litigieux. A supposer que le recourant ait pu créer de toutes pièces et dans les délais une entreprise apte à soumissionner, il n'aurait pu se prévaloir d'aucune expérience pratique. Or, il ne fait pas de doute que ce critère aurait revêtu une importance particulière dans le cadre d'une procédure ouverte de marché public. Le Tribunal cantonal pouvait juger sans arbitraire que le recourant était dépourvu de la qualité de soumissionnaire potentiel, et en conséquent n'aurait pas eu qualité pour agir (consid. 4.3).

Qualité pour recourir soumise à la condition d'une chance réelle d'obtenir l'adjudication

- [TF 2C 549/2011](#) du 27 mars 2012 (d) – Le soumissionnaire évincé n'a qualité pour agir dans un recours constitutionnel subsidiaire que s'il dispose d'un intérêt juridiquement protégé à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée (art. 115 let. b LTF), à savoir s'il aurait eu une chance réelle d'obtenir l'adjudication en cas de bien-fondé du recours. On peut se demander si cette condition est remplie en l'espèce, alors que la variante du recourant est classée au troisième rang et l'offre de base de celui-ci au quatrième rang (consid. 1).

Violation du droit d'être entendu

- [TF 2D 21/2011](#) du 2 juin 2012 (f) – Recours du soumissionnaire évincé contre l'adjudication d'un marché public de travaux, en procédure ouverte, lié à la construction d'un bâtiment administratif.

- Le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) est une garantie de nature formelle, dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond. En l'espèce, le président de la Cour de droit public du Tribunal cantonal valaisan a recueilli auprès du pouvoir adjudicateur, après la clôture de l'instruction, plusieurs pièces (tableau comparatif, demande de confirmation de prix) et s'est entretenu avec l'architecte du pouvoir adjudicateur, ce qui lui a permis d'éclairer certains points obscurs du dossier, mais il n'a pas donné à la recourante l'occasion de se déterminer sur ces pièces ou sur le contenu de l'entretien. La violation du droit d'être entendu est avérée dans le cadre du 1^{er} arrêt cantonal, mais elle a été réparée dans le cadre d'un 2^e arrêt cantonal en révision à l'occasion duquel la recourante a pu s'exprimer sur les explications et pièces supplémentaires fournies par le pouvoir adjudicateur (consid. 4). Ces démarches du président ne suffisent pas à fonder un soupçon de prévention à l'encontre du magistrat (art. 30 al. 1 Cst. et art. 6 CEDH). En outre, la recourante aurait dû formuler immédiatement une demande de récusation à l'encontre du magistrat au lieu de le laisser instruire la demande de révision au plan cantonal, de sorte que la recourante est déchu de son droit de se prévaloir de ce grief (consid. 5).

*Preuves de l'aptitude
du soumissionnaire*

- En retenant que l'adjudicataire avait remis tous les documents exigés expressément dans les documents d'appel d'offres, alors qu'il n'avait pas fourni les diplômes attestant les aptitudes professionnelles de ses collaborateurs, le Tribunal cantonal a procédé à une constatation arbitraire des faits. Il ne pouvait pas dispenser l'adjudicataire de l'obligation de démontrer ses qualifications professionnelles au motif que les travaux à réaliser ne présentaient pas de difficulté particulière. En admettant que le marché pouvait être attribué à l'adjudicataire, alors même l'art. 23 al. 1 let. c OcMP/VS prévoit l'exclusion du soumissionnaire qui ne fournit pas les attestations d'aptitude requises, l'arrêt cantonal consacre une application arbitraire du droit (consid. 6.2.2). Le contrat étant déjà conclu, l'illicéité de la décision d'adjudication est constatée.

*Exclusion d'une offre
incomplète ;
formalisme excessif*

- [TF 2C 241/2012](#) du 28 juin 2012 (i) – L'exclusion de l'offre de la recourante, au motif qu'elle ne contenait pas les documents relatifs aux prescriptions de sécurité requis dans le cahier des charges, est conforme à l'art. 26 LCPubb/TI qui prévoit que les offres doivent

être remises par écrit, de manière complète et dans le délai imparti, sous peine d'exclusion. Le principe de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires s'oppose en principe à toute modification des offres postérieurement au dépôt de celles-ci, sous réserve de la correction d'erreurs involontaires de forme ou de certaines demandes de compléments d'informations par le pouvoir adjudicateur. L'exclusion de l'offre de la recourante ne viole pas non plus l'interdiction du formalisme excessif (art. 29 al. 1 Cst.), car le cahier des charges contenait un point spécifique portant expressément sur les prescriptions de sécurité, qui ne jouaient pas un rôle purement complémentaire ou accessoire par rapport au plan de sécurité du chantier (consid. 3-4).

Absence de qualité pour recourir contre le refus d'effet suspensif, lorsque le contrat est déjà conclu

- [TF 2D_26/2012](#) du 7 août 2012 (d) – Le recours au TF contre le refus d'un tribunal cantonal d'octroyer l'effet suspensif est irrecevable, faute d'intérêt digne de protection, lorsque le contrat était déjà conclu avant le dépôt du recours au TF. Il importe peu que la recourante n'ait pas eu connaissance du contrat au moment du dépôt du recours (consid. 2.1).

Tribunal administratif fédéral (TAF)

Publication d'arrêtés résumés antérieurement

- [ATAF 2011/17](#) – publication de l'arrêt [TAF B-1687/2010](#) du 21 juin 2011 (d), résumé dans la fiche 2011.
- [ATAF 2011/40](#) – publication de l'arrêt [TAF B-2932/2011](#) du 22 août 2011 (i), résumé dans la fiche 2011.
- [ATAF 2011/58](#) – publication de l'arrêt [TAF B-7337/2010 et B-8062/2010](#) du 15 avril 2011 (f), résumé dans la fiche 2011.

Transparence des documents d'appel d'offres ; devoir de diligence des soumissionnaires

- [TAF B-3158/2011](#) du 4 octobre 2011 (f) – Recours contre l'adjudication par l'OFROU d'un marché de construction sur l'autoroute N09, pour des griefs liés à l'absence de clarté des documents d'appel d'offres.
 - Le principe de transparence – exigence indispensable au contrôle du respect de la loi et des procédures de passation – vise à permettre aux soumissionnaires de connaître à l'avance les diverses étapes de la procédure et leur contenu, en leur fournissant toutes les informations minimales et utiles pour leur permettre de présenter une offre valable et correspondant pleinement aux exigences posées par le pouvoir adjudicateur. Toutefois, le devoir de diligence qui incombe aux

soumissionnaires – en général des entreprises habituées aux procédures d'appel d'offres – leur impose de faire preuve de l'attention commandée par les circonstances lors de l'examen de l'appel d'offres et des documents d'appel d'offres et, en cas de doute, de se renseigner auprès du pouvoir adjudicateur durant la ronde des questions afin d'obtenir les renseignements nécessaires. En l'espèce, l'appel d'offres et les documents d'appel d'offres sont peu clairs et laissent plutôt penser, du fait en particulier du renvoi à une clause du contrat-type KBOB, que l'escompte sera pris en compte dans l'évaluation du critère d'adjudication « prix ». Il en résulte que 50% des soumissionnaires ont proposé un escompte dans leur offre. Mais les soumissionnaires devaient aussi remplir un formulaire sous la forme d'un tableau « Excel », calculant les montants inscrits et qui contenait à la rubrique « escompte » la mention explicite « néant ». Ainsi, le pouvoir adjudicateur a expressément exclu la prise en compte d'un escompte et la recourante ne pouvait l'ignorer. Il aurait dû apparaître clairement à la recourante que le pouvoir adjudicateur avait exclu l'escompte, puisqu'elle a dû modifier la formule définie de la ligne « Total de l'offre y compris TVA », pour comptabiliser l'escompte dans le prix total de son offre. Si la recourante avait encore un doute quant à la prise en compte ou non de l'escompte, son devoir de diligence lui imposait de se renseigner auprès du pouvoir adjudicateur, ce qu'elle n'a pas fait. C'est à juste titre que le pouvoir adjudicateur n'a pas pris en considération l'escompte lors de l'évaluation du critère d'adjudication « prix » (consid. 4.3). De même, l'appel d'offres et les documents d'appel d'offres étaient dénués de toute ambiguïté quant à l'exigence de soumettre un planning détaillé du programme des travaux, et tous les soumissionnaires – à l'exception de la recourante – ont remis un planning détaillé. Si la recourante avait un doute quant à cette exigence, son devoir de diligence l'obligeait à se renseigner en posant une question. La recourante a délibérément renoncé à produire un planning détaillé (consid. 5.2.2).

*Offre non conforme ;
rectification et égalité
de traitement*

- Les offres doivent être remises par écrit, de manière complète et dans les délais fixés (art. 19 LMP). Le marché est adjugé à l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 21 al. 1 LMP). La conformité de l'offre aux documents d'appel d'offres constitue un critère préalable d'adjudication, qu'il figure expressément ou non

dans les critères d'adjudication énoncés par le pouvoir adjudicateur pour un marché particulier (« adéquation de la prestation » selon l'art. 21 la. 1 LMP). Une fois le délai pour introduire les offres échu, il est en principe interdit d'y apporter des corrections. Les offres non conformes aux conditions établies par l'appel d'offres doivent par conséquent être exclues. Si toutefois le vice n'influence pas le résultat de la procédure d'adjudication et n'est pas d'une certaine importance, l'exclusion viole le principe de la proportionnalité et l'interdiction du formalisme excessif. Il en résulte que l'examen des offres s'effectue en principe, sous réserve de formalisme excessif, sur la base des offres telles qu'elles ont été déposées, et non telles qu'elles pourraient être. En application de l'art. 25 OMP, le pouvoir adjudicateur est seulement autorisé à rectifier les offres du point de vue technique et comptable de manière uniforme, de sorte qu'elles puissent être comparées objectivement. Il ne saurait à cet effet modifier ou compléter une offre sans s'exposer à une violation du principe de l'égalité de traitement consacré à l'art. 1 al. 2 LMP. Le soumissionnaire qui dépose une offre incomplète prend le risque soit d'être exclu de la procédure si l'informalité est grave, soit d'être préterité au niveau de la notation d'un ou de plusieurs critères d'adjudication. Lorsqu'une offre est irrégulière sur des éléments essentiels, il est en principe exclu de la compléter lors de la révision des offres. Dans l'intérêt de l'analyse comparative des offres et afin de garantir l'égalité de traitement, il convient d'adopter une position stricte à ce sujet. *In casu*, le pouvoir adjudicateur a fait usage de son large pouvoir d'appréciation pour considérer que la non-production du planning détaillé n'était pas un vice suffisamment grave pour exclure l'offre de la recourante. Il a toutefois à juste titre sanctionné le défaut de production du planning détaillé par la note 0 pour les deux critères d'adjudication concernés. C'est aussi à bon droit que le pouvoir adjudicateur n'a pas tenu compte de la déclaration faite par la recourante lors de la séance de clarification au terme de laquelle cette dernière serait à même de respecter les délais fixés par le pouvoir adjudicateur. Au demeurant, cette déclaration toute générale ne peut en aucun cas être assimilée au planning détaillé demandé (consid. 5.3).

Qualité pour agir du concurrent potentiel qui n'a pas déposé d'offre

- [TAF B-2197/2011](#) du 18 octobre 2011 (d) – Recours contre l'adjudication en procédure ouverte par les CFF d'un marché portant sur des escaliers roulants à la gare de Zurich.
- La qualité pour agir contre une adjudication en procédure ouverte appartient en principe au soumissionnaire évincé, qui a déposé une offre et qui est destinataire direct de la décision (art. 48 al. 1 let. a PA) (consid. 2.2). Dans des cas exceptionnels, et

avec une grande retenue, la légitimation active peut être reconnue à une entreprise dont on ne pouvait pas attendre qu'elle dépose une offre. Un soumissionnaire potentiel qui ne dépose pas d'offre en procédure ouverte doit, pour conserver sa qualité pour agir, (i) démontrer qu'il aurait les capacités économiques et techniques pour exécuter le marché en cause, (ii) communiquer de manière claire au pouvoir adjudicateur qu'il souhaite être traité comme s'il avait soumis une offre, de manière à rendre vraisemblable son intérêt à l'exécution concrète du marché, et (iii) respecter l'obligation de diligence (consid. 3.1). En l'espèce, il faut interpréter conformément au principe de la confiance le courrier adressé par la recourante aux CFF un jour après l'expiration du délai de dépôt des offres. La recourante y exposait expressément, et déjà dans l'exergue, qu'elle renonçait malheureusement à déposer une offre en raison d'un appel d'offres placé de manière cachée et de spécifications techniques restrictives, voire discriminatoires et taillées sur mesure pour un concurrent, qui rendaient *de facto* impossible sa participation à la procédure de passation. La recourante indiquait aussi se réjouir de coopérer à nouveau dans le futur avec le pouvoir adjudicateur. La demande adressée au pouvoir adjudicateur de se prononcer dans les 30 jours se comprend comme une volonté d'éclaircir certains points dans un *debriefing*. Le courrier de la recourante s'interprète comme une renonciation à participer à la procédure de passation plutôt que comme le maintien d'un intérêt pour le marché contesté, de sorte que la qualité pour agir est niée. Est laissée ouverte la question de savoir si la recourante n'aurait pas été tenue de faire valoir ses griefs avant l'expiration du délai de dépôt des offres (consid. 3.4-3.7).

Accès au dossier

- [TAF B-5190/2011](#) du 19 octobre 2011 (d) – En l'espèce, le pouvoir adjudicateur admet lui-même que le recours est bien fondé en raison d'une mauvaise constatation des faits, de sorte que l'adjudication est annulée et l'affaire retournée au pouvoir adjudicateur pour une nouvelle décision. En conséquence, la recourante ne dispose pas d'un droit d'accès au dossier dans une procédure de passation en cours (art. 26 al. 2 LMP). Un tel droit existera si le marché ne lui est pas attribué dans la seconde procédure de passation et qu'elle recoure à nouveau au TAF contre l'adjudication.

Moyens de preuve de l'aptitude - références

- [TAF B-3255/2009](#) du 3 novembre 2011 (i) – Recours contre l'exclusion d'une offre au motif que la référence produite pour le

directeur technique du soumissionnaire ne remplissait pas les exigences minimales posées pour l'aptitude technique dans les documents d'appel d'offres.

- Conformément à l'art. 9 LMP et 9 OMP, le pouvoir adjudicateur pose des exigences quant à l'aptitude technique et financière des soumissionnaires, et publie à cet effet des critères d'aptitude et moyens de preuve requis. Les références constituent un tel moyen de preuve (ch. 8 de l'annexe 3 à l'OMP). Le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans la détermination des critères d'aptitude et moyens de preuve y relatifs, ainsi que dans leur évaluation, que le TAF ne revoit que sous l'angle de l'excès ou abus du pouvoir d'appréciation (art. 31 LMP). Les critères d'aptitude étant cumulatifs, le fait qu'un critère ne soit pas rempli suffit à justifier une exclusion de l'offre, pour autant que le principe d'égalité de traitement soit respecté (consid. 4).
- En l'espèce, les documents d'appel d'offres exigeaient expressément que le directeur technique produise une référence d'au moins une construction métallique pour des installations de protection anti-bruit sur autoroutes, ayant une valeur minimale de CHF 1 mio. La référence soumise dans l'offre de la recourante ne comportant qu'une valeur globale, le pouvoir adjudicateur a demandé une clarification quant à la valeur respective de la partie métallique et des panneaux d'isolation. La recourante a répondu en indiquant une valeur de CHF 904'000 pour la partie métallique et CHF 420'000 pour les panneaux. L'interprétation du pouvoir adjudicateur, selon laquelle seule la charpente métallique « portante » doit atteindre la valeur minimale de CHF 1'000'000, paraît plausible, même si la précision qu'il ne s'agissait que de la structure portante n'apparaissait pas expressément dans les documents d'appel d'offres. En effet, le courrier envoyé par la recourante suite à la demande de précision du pouvoir adjudicateur distingue entre structure métallique et panneaux, ce qui démontre que la recourante avait bien compris le sens de la demande du pouvoir adjudicateur. Ce n'est que dans son mémoire au TAF que la recourante a argumenté qu'il fallait ajouter à la valeur de la structure métallique portante (904'000) celle de la charpente métallique des panneaux (120'000). Faute d'avoir soumis une référence d'une valeur minimale de CHF 1'000'000 pour la structure métallique portante, l'offre de la recourante ne remplissait pas un critère d'aptitude et pouvait être écartée sans tomber dans l'arbitraire (consid. 5.1).

- Exclusion pour vice de forme d'une offre non conforme* • [TAF B-6123/2011](#) du 8 décembre 2011 (d) – Recours contre l'exclusion d'une offre au motif que celle-ci incluait un tarif horaire moyen unique, alors que les documents d'appel d'offres demandaient l'indication de plusieurs tarifs d'honoraires en fonction des différentes catégories de collaborateurs. Rejet de la requête d'effet suspensif au motif que le recours est manifestement mal fondé.
- Une offre doit être exclue lorsqu'elle contient de graves vices de forme (art. 19 al. 3 LMP), à savoir lorsqu'elle n'est pas remise par écrit, de manière complète et dans le délai (art. 19 al. 1 LMP). La prise en compte d'une offre qui ne correspond pas aux prescriptions de l'appel d'offres et des documents d'appel d'offres est en effet problématique sous l'angle du principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires et du principe de transparence. Une exclusion pour vice de forme peut résulter d'une modification unilatérale des conditions de l'offre (consid. 3.1). L'interdiction du formalisme excessif (art. 29 al. 1 Cst.) et de l'arbitraire (art. 9 Cst.) impliquent qu'un soumissionnaire ne peut pas être écarté sur la seule base d'un défaut peu important de son offre ou d'une bagatelle. En revanche, une offre incomplète sur des points ayant une influence sur le rapport qualité-prix doit en principe être exclue. Il faut distinguer trois catégories parmi les offres qui ne correspondent pas aux exigences des documents d'appel d'offres : (i) les offres qui ne peuvent pas être prises en considération par le pouvoir adjudicateur sans violer les principes de transparence et d'égalité de traitement, et qui doivent de ce fait être exclues ; (ii) les offres que le pouvoir adjudicateur peut rendre conformes grâce à des questions complémentaires, qu'il n'a toutefois pas l'obligation de poser, et à l'égard desquelles il dispose donc d'un certain pouvoir d'appréciation ; (iii) les offres dont les manquements sont si minimes que le pouvoir adjudicateur est tenu de les éclaircir (consid. 3.2).
- Variante quant au mode de calcul du prix* • Une variante est une offre d'un soumissionnaire qui permet d'atteindre le but du marché d'une manière différente de celle prévue par le pouvoir adjudicateur (art. 22a al. 2 OMP). Conformément à la volonté du législateur lors de la révision de l'art. 22a OMP, une variante signifie une dérogation matérielle liée aux prestations, par rapport à celles décrites dans les conditions d'appel d'offres. Si le soumissionnaire se contente d'opter pour un autre mode de calcul du prix, il ne s'agit pas d'une variante mais d'une offre contraire aux conditions d'appel d'offres (modification

voulue par rapport à la jurisprudence antérieure de l'arrêt BRK 2005-016 du 13.2.2006). Le pouvoir adjudicateur reste par ailleurs libre de décrire de manière suffisamment ouverte la « proposition officielle », de manière à permettre différents modes de calcul du prix. En conséquence, les variantes quant au mode de calcul du prix sont interdites, sous réserve des cas où le pouvoir adjudicateur indique expressément qu'il acceptera de telles variantes quant au prix (consid. 4.2). En l'espèce, les documents d'appel d'offres excluaient les variantes quant au mode de calcul du prix.

- L'offre litigieuse était non conforme, dès lors qu'elle incluait un tarif horaire moyen au lieu des différentes catégories d'honoraires selon le type de personnel exigées par les documents d'appel d'offres. Elle pouvait valablement être exclue pour vice de forme grave (art. 19 al. 3 LMP), car il s'agit d'une divergence ayant une incidence sur le rapport qualité-prix de l'offre et qui n'a pas un pur caractère de bagatelle. Dans un tel cas, le pouvoir adjudicateur n'a pas l'obligation de demander des éclaircissements afin de rendre l'offre litigieuse comparable aux autres et de pouvoir l'évaluer. Le recours est manifestement mal fondé, de sorte que l'effet suspensif est rejeté.

*Accès au dossier
concernant le rapport
d'évaluation des offres*

- [TAF B-6762/2011](#) du 12 janvier 2012 (d) – L'art. 27 al. 1 let. b PA permet d'exclure l'accès au dossier lorsqu'un intérêt public ou privé prépondérant exige le maintien du secret. En matière de marchés publics, l'accès au dossier doit être accordé pour les pièces qui sont pertinentes au regard des griefs soulevés par la recourante. L'accès au rapport d'évaluation des offres doit être accordé, car il constitue l'élément central d'une procédure de passation, et permet de retracer la procédure de passation suivie par le pouvoir adjudicateur ; seuls les noms des soumissionnaires sont cachés, mais pas leur nombre.

*Communauté de
soumissionnaires*

- [TAF B-6762/2011](#) du 26 janvier 2012 (d) – Recours contre l'adjudication en procédure ouverte d'un marché de fournitures pour l'impression des mises à jour du RS. Rejet de la demande d'effet suspensif, le recours étant manifestement mal fondé.
 - Une communauté de soumissionnaires est une société simple (art. 530 CO) composée de plusieurs entreprises qui déposent ensemble une offre pour un marché public. Une éventuelle adjudication est faite en commun à toutes les entreprises participantes, et non à la société simple (consid. 3.3). En l'espèce, l'appel d'offres a interdit les communautés de

soumissionnaires. La publication de l'adjudication prête à confusion, dans la mesure où elle indique « dfmedia » comme adjudicataire, alors qu'il s'agit plus exactement de « dfmedia Druckerei Flawil AG », qui appartient à 100% au groupe « dfmedia ». Une mauvaise désignation de l'adjudicataire ne suffit pas à elle seule pour justifier l'octroi de l'effet suspensif (consid. 3.4)

Evaluation des critères d'adjudication

- Le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans l'évaluation des offres au regard des critères d'adjudication, dont le TAF ne revoit pas l'opportunité (consid. 4.1).
- Même si l'écart de prix entre l'offre de l'adjudicataire et celle de la recourante est faible (moins de 1%), alors même que l'adjudicataire avait déjà obtenu l'attribution de ce marché dans les années antérieures avec des prix beaucoup plus élevés, il n'y a aucune preuve que l'adjudicataire ait eu connaissance du prix offert par la recourante et ait pu ainsi adapter sa propre offre. D'une part, l'adjudicataire a posté son offre un jour avant celle de la recourante ; d'autre part, le pouvoir adjudicateur n'a conduit aucune négociation postérieurement à l'ouverture des offres (consid. 4.2-4.4).

Système de qualité certifié ISO

- L'exigence d'un système de qualité certifié ISO 9001 (ou autre certificat équivalent) constitue en l'espèce un critère d'adjudication. Le principe de transparence exige que l'évaluation d'un critère d'adjudication appliquée pour le marché en cause corresponde au mode d'évaluation tel qu'il pouvait être compris à la lecture des documents d'appel d'offres. Idéalement, il eût été préférable que le pouvoir adjudicateur précise expressément en relation avec le critère du certificat ISO 9001 si la notation était uniquement « tout ou rien » (i.e. la totalité des points en cas de production du certificat ISO ou équivalent, ou aucun point en l'absence de certificat), ou si une gradation intermédiaire était possible (par exemple en cas de production d'un système de qualité interne documenté, ou en cas de certification externe en cours du système de qualité). Pour d'autres critères d'adjudication, le pouvoir adjudicateur a indiqué tantôt une notation « tout ou rien », tantôt une notation graduée. *In casu*, l'exigence figurant expressément dans les documents d'appel d'offres en relation avec la certification ISO 9001, selon laquelle il fallait joindre à l'offre « une copie du certificat actuel », tendait à indiquer une notation de type « tout ou rien ». De plus, le document interne de 3 pages produits par la recourante ne constitue pas un

système suffisant de qualité, de sorte que la notation 0 n'est pas manifestement mal fondée (consid. 5).

Objet du marché et spécifications techniques ; variante

- L'objectif d'utilisation économique des fonds publics (art. 1 al. 1 let. c LMP) ne confère au soumissionnaire aucun droit à imposer au pouvoir adjudicateur l'achat du « bon » produit. Il appartient au contraire au pouvoir adjudicateur de déterminer l'objet du marché en fonction de ses besoins et de fixer les exigences concrètes y relatives. Toutefois, les spécifications techniques ne doivent pas être définies de manière si étroite que seul un produit bien particulier, ou un seul soumissionnaire (marché taillé sur mesure) ou seul un petit nombre de soumissionnaires peuvent entrer en considération pour l'attribution du marché. En l'espèce, le fait que le pouvoir adjudicateur ait exigé une impression sur des blocs de feuilles (au lieu de l'impression meilleure marché sur des rouleaux de papier offerte par la recourante), garantissait toujours une concurrence suffisante, puisque le pouvoir adjudicateur dit connaître 62 imprimeries capables d'exécuter de telles impressions. L'appel d'offres indiquait clairement que l'impression devait avoir lieu sur des feuilles, qui étaient fournies par le pouvoir adjudicateur, et il excluait les variantes. Le choix de cette spécification technique était justifiée par la nécessité de respecter les délais d'impression, ce que confirme aussi l'inclusion d'un critère d'adjudication lié aux délais (consid. 4.5-4.6).

Réplique ou complément du recours dans le cadre de la procédure sur effet suspensif

- [TAF B-6762/2011](#) du 10 février 2012 (d) – Recours contre l'adjudication en procédure ouverte d'un marché de fournitures pour l'impression des mises à jour du RS. Refus de révision de la décision incidente refusant l'effet suspensif (art. 123 al. 2 let. a LTF ; art. 58a 1 et art. 66 PA).

- Le droit d'être entendu et les garanties liées à une protection juridictionnelle effective (art. 6 § 1 CEDH ; art. 29 al. 2 Cst.) s'appliquent en principe aussi dans le cadre de jugements sur mesures provisoires. En règle générale, ces garanties de *fair trial* impliquent un large droit de réplique, à tout le moins dans la procédure principale sur le fond. La procédure incidente relative à l'octroi de l'effet suspensif en matière de marchés publics est soumise à une obligation qualifiée de rapidité, qu'il faut mettre en balance avec le droit d'être entendu. Il en résulte que la jurisprudence nie en principe tout droit de réplique ou de compléter le mémoire de recours au stade de la procédure relative à l'effet suspensif, pour réserver cette possibilité à la procédure sur le fond (ég. TF, 2P_103/2006 du 29.05.2006,

consid. 3.1). Il faut uniquement réserver l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur aurait soulevé de nouveaux éléments. Tel n'est pas le cas ici (consid. 3).

Rejet de l'effet suspensif en raison d'intérêts publics prépondérants

- [TAF B-6742/2011](#) du 8 mars 2012 (d) – Marché de travaux sur un tronçon de l'autoroute N01 passé en procédure ouverte par l'OFROU. Recours contre l'adjudication du marché. Rejet de la requête d'effet suspensif en raison d'intérêts publics prépondérants.
 - Dans le cadre de la pondération des intérêts (art. 55 PA), les intérêts publics invoqués par le pouvoir adjudicateur sont en l'espèce prépondérants : sécurité du trafic ainsi que vie et santé des automobilistes (le tronçon d'autoroute en cause étant en très mauvais état, avec hausse significative des accidents), intérêt économique (financement accordé par la Confédération dans le cadre des mesures conjoncturelles ; coût d'entretien dans l'intervalle). Les retards accumulés ne sont pas imputables au pouvoir adjudicateur, mais à des oppositions et recours contre la planification des travaux (qui devaient être réglés avant que le marché public relatif auxdits travaux ne puisse être lancé) et au transfert de compétence en matière de routes nationales des cantons à l'OFROU.

Marchés publics de travaux passés en plusieurs lots ou ouvrage unique ?

- [TAF B-913/2012](#) du 28 mars 2012 (d) – Recours contre l'adjudication de marchés publics de travaux par les CFF portant sur la pose de parois anti-bruit sur les tronçons Illnau-Effretikon et Kloten. Irrecevabilité en raison de la valeur du marché inférieure aux seuils internationaux.
 - C'est l'estimation de la valeur du marché par le pouvoir adjudicateur qui est déterminante pour savoir si le seuil d'application de la loi est atteint (art. 6 al. 1 LMP). Un marché ne peut pas être subdivisé afin d'éviter l'application de la loi (art. 7 al. 1 LMP). Si un pouvoir adjudicateur adjuge plusieurs marchés de travaux pour la réalisation d'un ouvrage, la valeur totale de l'ouvrage est déterminante (art. 7 al. 2 LMP). En l'espèce, le pouvoir adjudicateur réalise 3 ouvrages distincts anti-bruit sur les tronçons Illnau-Effretikon, Kloten et Winterthur. L'approbation des plans et l'octroi des crédits ont eu lieu séparément pour les 3 projets. Chaque projet remplit par lui-même une fonction économique et technique propre, indépendamment de la question de savoir si d'autres parois anti-bruit sont ou non installées dans une autre commune. Le seul fait que ces trois projets soient regroupés par l'Office

fédéral des transports dans l'unité d'assainissement N° 303 n'en fait pas un ouvrage unique ; du reste, le n° 303 inclut au total 8 projets. Le pouvoir adjudicateur peut, à sa libre appréciation, attribuer des travaux soit en plusieurs lots soit ensemble, pour autant qu'il ne viole ni l'interdiction de subdivision artificielle (art. 7 al. 1 LMP), ni la règle imposant la prise en compte de la valeur globale de l'ouvrage (art. 7 al. 2 1^{ère} phrase). Ces dernières dispositions n'ont pas pour objectif d'empêcher de manière générale la division de prestations en plusieurs marchés. Dès lors que la valeur individuelle ou cumulée des travaux « Illnau-Effretikon » et « Kloten » est en tous cas inférieure à CHF 8 mio, le marché en cause n'est pas soumis à la LMP, de sorte qu'un recours est exclu (art. 2 al. 3, art. 6 al. 1 et art. 27 al. 1 *a contrario* LMP ; art. 32 let. a ch. 1 et art. 39 OMP) (consid. 4.2).

Voie de recours pour les marchés dont la valeur est inférieure aux seuils

- L'art. 25a PA permet à toute personne qui a un intérêt digne de protection d'exiger une décision relative à des actes matériels. Cette disposition permet d'étendre la garantie de protection juridictionnelle, conformément à l'art. 29a Cst. Par ailleurs, le TAF est tenu d'appliquer les lois fédérales (art. 190 Cst.). Dès lors que le législateur a clairement et expressément exclu la voie de recours pour les marchés publics non soumis à la LMP (art. 2 al. 3, art. 6 al. 1 et art. 27 al. 1 *a contrario* LMP ; art. 32 let. a ch. 1 et art. 39 OMP), il est exclu d'instituer une protection juridictionnelle pour de tels marchés par le biais de l'art. 25a PA.

Mehreignung

- [TAF B-1057/2012](#) du 29 mars 2012 (d) – Recours contre l'adjudication par les CFF d'un marché de fourniture de tissus. Rejet de la demande d'effet suspensif, le recours étant manifestement mal fondé.
 - Les critères d'aptitude définis dans l'appel d'offres ne peuvent pas, sous réserve d'exception dans certains domaines impliquant une planification, être pris en compte et évalué à nouveau au stade de l'adjudication (interdiction de la double évaluation). En l'espèce, il est justifié de considérer que la capacité à coudre des housses de sièges constitue un critère d'aptitude, et non d'adjudication comme le soutient la recourante, car l'objet du marché consiste dans la fourniture de tissus et de housses de sièges. Par ailleurs, le grief de la recourante aurait dû être formulé contre l'appel d'offres, de sorte qu'elle est forclosée (consid. 2.3 et 7).

- Aptitude financière* • L'exclusion d'un soumissionnaire au motif qu'il ne disposerait pas de l'aptitude financière ne peut intervenir que dans des cas évidents. Le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande marge d'appréciation pour évaluer l'aptitude financière. En l'espèce, la solvabilité de l'adjudicataire, considérée initialement comme problématique en raison de son faible niveau de fonds propres, a été rectifiée par l'engagement de la société-mère du groupe de mettre à disposition de l'adjudicataire les moyens financiers nécessaires en cas de problèmes de liquidités (consid. 2.3 et 8).
- Négociations* • Le pouvoir adjudicateur peut mener des rondes de négociations, s'il s'est réservé cette possibilité dans l'appel d'offres (art. 20 LMP). Il peut, en se fondant sur les critères d'adjudication, choisir les soumissionnaires avec lesquels il engagera des négociations (art. 26 al. 1 OMP). Il doit tenir un procès-verbal en cas de négociations orales, afin de garantir le respect du principe de transparence, de l'égalité de traitement et de l'équité de la procédure de passation (art. 26 al. 3 OMP). Le déroulement des négociations et les modifications successives des offres doivent ressortir du procès-verbal lui-même, et non d'actes établis par des tiers. La violation de l'obligation de tenir un procès-verbal constitue un motif de recours contre l'adjudication. En l'espèce, on ne voit pas en quoi le fait que le pouvoir adjudicateur a omis de tenir un procès-verbal de deux rondes de négociations avec la recourante (en insérant les modifications directement en mode révision dans les documents) pourrait aider cette dernière. La recourante ne prétend notamment pas que son offre révisée aurait été différente de celle résultant des procès-verbaux disponibles. S'agissant de la visite effectuée par le pouvoir adjudicateur dans les ateliers de l'adjudicataire, il existe un compte-rendu succinct de deux pages qui constitue un procès-verbal (consid. 2.5 et 4).
- Prix excessivement bas (dumping)* • Lorsque le pouvoir adjudicateur soupçonne qu'une offre est anormalement basse, il peut demander des explications au soumissionnaire afin de s'assurer que celui-ci est à même de remplir les conditions de participation et les modalités du marché, ou s'il existe une cause d'exclusion (art. 25 al. 4 OMP et art. 11 LMP). Le pouvoir adjudicateur dispose d'une certaine marge d'appréciation pour établir si une offre est anormalement basse et si des éclaircissements sont nécessaires. En l'espèce, le fait que le prix de l'adjudicataire était 80% plus bas que celui de la recourante a été

expliqué par les salaires inférieurs versés par l'adjudicataire (consid. 2.6 et 9).

- Rectification des offres* • Les offres contenant de graves vices de forme sont écartées de la procédure, au nom de l'égalité de traitement (art. 19 al. 3 LMP). Est réservée l'interdiction du formalisme excessif (art. 29 Cst.). Le pouvoir adjudicateur rectifie les offres du point de vue technique et comptable de manière uniforme, afin de les rendre objectivement comparables. S'il prend contact à cette fin avec le soumissionnaire, il en garde une trace permettant d'en reconstituer la chronologie et la teneur (art. 25 al. 1 et 2 OMP) (consid. 2.4 et 2.5). En l'espèce, les manquements dans l'offre de l'adjudicataire (feuille de prix non correctement remplie, garantie bancaire ne correspondant pas à la forme usuelle en Suisse, signature manquante sur un formulaire) pouvaient être immédiatement corrigés dans le cadre de la rectification des offres, car aucun intérêt digne de protection des autres soumissionnaires n'était touché. Une exclusion de l'adjudicataire pour ces manquements aurait violé l'interdiction du formalisme excessif (consid. 3.3).

- Spécifications techniques discriminatoires prévues dans l'appel d'offres ; irrecevabilité* • [TAF B-421/2012](#) du 8 avril 2012 (d) – Recours contre l'adjudication d'un marché de fournitures par l'OFCL portant sur la fourniture de terminaux d'enregistrement du temps et celle de badges. Exclusion de l'offre de la recourante au motif qu'elle n'a pas respecté la spécification technique prévue dans l'appel d'offres selon laquelle les terminaux devaient être compatibles avec les logiciels exos et besicomm. Recours irrecevable, car il aurait fallu attaquer l'appel d'offres.
- Constituent des décisions sujettes à recours notamment l'appel d'offres et l'adjudication (art. 29 let. b et a LMP). Les griefs concernant des éléments de l'appel d'offres ne peuvent plus être soulevés dans un recours ultérieur contre l'adjudication, à tout le moins dans la mesure où l'importance et la portée de ces éléments étaient reconnaissables d'emblée. En revanche, les griefs contre les documents d'appel d'offres ne font pas l'objet d'un recours indépendant, mais doivent être contestés avec la prochaine étape de la procédure de passation qui constitue une décision selon l'art. 29 LMP (consid. 1.6). En l'espèce, il ressort clairement de l'appel d'offres, tant en allemand qu'en français, que le pouvoir adjudicateur utilisait déjà dans ses terminaux arrivant en fin de cycle de vie les logiciels exos et besicomm et qu'il voulait continuer à utiliser ces mêmes logiciels dans le futur. L'appel d'offres excluait les

variantes. La recourante l'avait compris d'emblée, car elle expose dans son recours qu'elle était consciente que seuls les fabricants des logiciels ou une entreprise liée à un de ces fabricants (i.e. l'adjudicataire) pouvaient offrir un hardware compatible avec ces logiciels. Elle indique avoir « néanmoins » décidé de participer au marché et pensé pouvoir de bonne foi s'attendre à ce que l'appel d'offres pour le marché en cause n'ait pas qu'une fonction alibi. En conséquence, le recours aurait dû être dirigé contre l'appel d'offres et il est forclo (consid. 1.7.2.5-1.7.3).

Renonciation au droit de recours contre les documents d'appel d'offres

• [TAF B-6082/2011](#) du 8 mai 2012 (d) – Recours contre l'adjudication par l'administration des douanes d'un marché de fournitures portant sur un nouveau système de contrôle mobile de la redevance pour les poids lourds.

- L'exigence figurant dans les documents d'appel d'offres, selon laquelle chaque soumissionnaire doit fournir une auto-déclaration par laquelle il « reconnaît entièrement les documents d'appel d'offres », constitue une renonciation au droit de recours contre ces documents d'appel d'offres. Une telle renonciation n'est pas valable, car le droit de recours existe de par la loi et car la renonciation est demandée avant que le recourant n'ait connaissance de la décision litigieuse. En conséquence, le recours est recevable tant contre l'adjudication que contre les documents d'appel d'offres (consid. 1.7-1.8).

Mehreignung

• En règle générale, l'aptitude se réfère au soumissionnaire, tandis que l'adjudication concerne l'offre (art. 9 al. 1 et art. 21 al. 1 LMP). La jurisprudence ne s'oppose pas à la prise en compte d'une « meilleure aptitude » (*Mehreignung*), mais y pose des conditions. Les critères d'aptitude doivent être choisis en fonction du type et de l'importance du marché. De même, une « meilleure aptitude », en tant que critère d'adjudication, doit être en rapport avec l'objet du marché. Tel est le cas pour les références ou la formation du personnel clé. Une telle référence utilisée comme critère d'aptitude sert à vérifier un standard minimum indispensable à la bonne réalisation du marché. Utilisée comme critère d'adjudication, elle permet de mesurer sous le même aspect l'effet d'une plus grande expérience ou d'une meilleure formation sur le caractère économiquement avantageux de l'offre. En revanche, une prise en compte de la *Mehreignung* dans le cadre d'un banal marché de fournitures ne serait pas admissible (consid. 2.1).

- Le pouvoir adjudicateur dispose d'une large marge d'appréciation dans le choix et la pondération des critères d'adjudication. Il est toutefois lié par le respect des principes constitutionnels comme l'égalité de traitement et la proportionnalité, ainsi que par l'objet et le but de la loi (art. 1 al. 1 LMP). L'objectif de renforcer la concurrence entre les soumissionnaires (art. 1 al. 1 let. c LMP) implique que la détermination des conditions du marché en cause doit laisser subsister une concurrence suffisante, ce qui est aussi en lien avec l'objectif d'assurer l'utilisation économique des fonds publics (art. 1 al. 1 let. c LMP) (consid. 2.2).
- En l'espèce, les conditions d'appel d'offres exigeaient des références à au moins un système de contrôle mobile, basé sur des véhicules, et en cours d'utilisation commerciale lors de l'appel d'offres. La 1^{ère} référence servait de critère d'aptitude, alors que les références supplémentaires servaient de critères d'adjudication. La prise en compte de la *Mehreignung*, par le biais des références supplémentaires utilisées comme critères d'adjudication, est justifiée au vu de la complexité du marché en cause. Elle améliore le caractère économiquement avantageux de l'offre en l'espèce, car le fournisseur ayant une plus grande routine et une compétence plus étendue dans la résolution de problèmes dispose d'un meilleur potentiel de réalisation. Toutefois, un système de contrôle mobile tel qu'exigé comme référence n'était alors en fonction que dans 5 pays européens, de sorte que les moyens de preuve pour les soumissionnaires étaient très limités. Il était certes possible de compenser le manque de références supplémentaires par de meilleurs résultats pour les autres critères d'adjudication, mais à condition d'offrir un prix au moins 20% plus bas. On peut se demander si le choix d'un critère qui favorise à tel point l'un des soumissionnaires est restreint, autant la concurrence reste conforme avec les objectifs fixés à l'art. 1 al. 1 let. b et c LMP. La question est laissée ouverte dans la mesure où, même si la

recourante avait obtenu le nombre maximal de points pour le critère des références, elle aurait néanmoins au total toujours moins de points que l'adjudicataire (consid. 4).

*Certificat de
management
environnemental ISO
14001*

- Le pouvoir adjudicateur peut exiger la production d'un certificat de *management* émanant uniquement d'organismes de certification, et considérer *a contrario* qu'une documentation relative à un système de *management* interne (non certifié) ne suffit pas ; encore faut-il que cela ressorte de manière transparente des documents d'appel d'offres. En l'espèce, le certificat de *management* de qualité ISO 9001

constituait un critère d'aptitude, alors que le certificat de management environnemental ISO 14001 ou équivalent était un critère d'adjudication. Les buts poursuivis par les deux normes ISO 9001 et ISO 14001 divergent suffisamment pour que le pouvoir adjudicateur puisse légitimement considérer que la détention d'un certificat ISO 9001 ne suffit pas pour démontrer l'existence d'un système de *management* environnemental. Le manuel de *management* environnemental, outre qu'il a été fourni par la recourante dans la procédure de recours plus d'un an après l'adjudication, n'est sur plusieurs points pas équivalent à un certificat ISO 14001 (consid. 5.1-5-3).

- Il n'existe pas non plus de droit pour les PME à ce que les critères d'aptitude ou d'adjudication soient formulés de manière à ce qu'elles puissent les remplir. Il faut observer au surplus que de nombreuses PME suisses disposent d'un système de management de qualité certifié ISO (consid. 5.4.1).
- La preuve d'un système de *management* environnemental constitue une prise en compte de la *Mehreignung*. Le pouvoir adjudicateur n'a pas démontré que celui-ci était justifié par un lien avec le type et l'étendue du marché public en cause (consid. 5.4.2).

*Documents d'appel
d'offres comme décision
attaquable*

- [TAF B-738/2012](#) du 14 juin 2012 (d) – Recours contre l'adjudication par armasuisse d'un marché de services portant sur l'élimination de déchets spéciaux. Décision incidente sur la recevabilité du grief relatif au calcul du prix dans un recours dirigé contre l'adjudication, alors que l'appel d'offres et les documents d'appel d'offres sont entrés en force.
 - Le TAF remet en cause sa jurisprudence selon laquelle l'appel d'offres doit en principe faire l'objet d'un recours immédiat sous peine de forclusion, sauf si l'importance et la portée de la condition litigieuse n'y étaient pas reconnaissables d'emblée, alors que les documents d'appel d'offres ne sont attaquables qu'avec la prochaine décision prise au titre de l'art. 29 LMP (généralement l'adjudication). Après avoir évoqué la jurisprudence divergente du TF et les arguments du pouvoir adjudicateur et de la recourante, le TAF laisse ouverte la question d'une obligation d'attaquer les documents d'appel d'offres simultanément à l'appel d'offres, car le mode de calcul du prix (litigieux) n'apparaissait pas clairement dans les documents d'appel d'offres, de sorte qu'il ne saurait en tous cas y avoir de forclusion (consid. 3.1 et 4).

Spécifications techniques

- [TAF B-2675/2012](#) du 23 juillet 2012 (d) – Recours contre l'adjudication par les CFF d'un marché de fournitures pour le remplacement des automates à billets. Rejet de la requête d'effet suspensif.
 - Le pouvoir adjudicateur établit les spécifications techniques nécessaires dans les documents d'appel d'offres (art. 12 al. 1 LMP). Il s'agit de critères absolus dont le non-respect conduit à l'élimination de l'offre, sans aucune comparaison avec les autres offres. Le pouvoir adjudicateur ne doit en règle générale pas définir les spécifications techniques de manière si étroite qu'un seul produit ou un seul soumissionnaire ou quelques soumissionnaires seulement entrent en considération pour l'adjudication (consid. 4.1). Conformément au principe de transparence (art. 1 al. 1 let. a LMP), le pouvoir adjudicateur décrit les exigences relatives à l'objet du marché, et en partie les spécifications techniques, de manière claire et exhaustive, en indiquant dans tous les cas les exigences auxquelles l'objet du marché doit impérativement satisfaire (art. 16 al. 1 et 3 OMP). En application des principes de transparence et d'égalité de traitement (art. 1 al. 1 let. a et al. 2 LMP), le pouvoir adjudicateur est lié par les indications données dans l'appel d'offres et les documents d'appel d'offres. Est illicite une modification ultérieure des critères d'adjudication publiés, consistant à en écarter certains ou à en ajouter de nouveaux, ou à modifier leur pondération. Il en va de même si seul un produit déterminé n'est pris en compte dans l'attribution du marché, sans avoir été défini comme spécification technique. L'évaluation des offres au regard des critères d'adjudication doit être documentée par le pouvoir adjudicateur et doit pouvoir être retracée. Le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix et la pondération des critères d'adjudication. Le TAF ne revoit ces choix que de manière limitée, conformément à l'art. 31 LMP qui exclut un examen de l'opportunité et du principe de l'adjudication à l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 21 al. 1 LMP) (consid. 4.2). En l'espèce, rien n'indique notamment que l'adjudicateur ait modifié sans le communiquer les spécifications techniques relatives à l'appareil de recyclage des billets de banque.

Causalité

- En l'espèce, même si la recourante avait offert le même modèle d'appareil recyclant les billets de banque que l'adjudicataire, et au même prix que celle-ci, obtenant ainsi le nombre maximal de points

pour cette option, cela n'aurait pas eu d'influence décisive sur son rang (consid. 4.3.4.2).

*Préimplification et motif
de récusation*

TAF B-3013/2012 du 31 août 2012 (d) – Recours contre l'adjudication par l'OFROU d'un marché de services d'ingénieur relatif à des installations de sécurité pour un tronçon de route nationale. Exclusion d'un soumissionnaire préimpliqué.

- L'art. VI para. 4 AMP, qui règle le dialogue technique, est concrétisé en droit fédéral des marchés publics par l'art. 1 LMP relatif aux buts poursuivis par la loi, et par l'art. 21a OMP. Les conditions posées à l'art. 21a al. 1 OMP sont cumulatives. Si des mesures compensatoires ne sont pas possibles, le soumissionnaire préimpliqué doit être écarté, sauf si la concurrence efficace serait compromise. Il relève de l'appréciation du pouvoir adjudicateur de décider si des mesures compensatoires sont possibles, sans que le soumissionnaire préimpliqué y ait droit. Conformément à la jurisprudence du TF, reprise par le TAF, seule une préimplification qualifiée justifie une exclusion du soumissionnaire concerné. Un soumissionnaire est préimpliqué lorsqu'il a participé à la préparation de la procédure de passation, que ce soit par l'élaboration de projets, la préparation des documents d'appel d'offres ou l'information au pouvoir adjudicateur sur les spécifications techniques relatives à l'objet du marché. La préimplification entre en conflit avec le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires. Le soumissionnaire préimpliqué pourrait être tenté de tailler le marché sur mesure en faveur de ses propres produits ou services, ou au moins de mettre à profit les connaissances anticipées (*Wissensvorsprung*) dont il dispose du fait de sa participation à la préparation de la procédure de passation lorsqu'il élabore sa propre offre. Enfin, les contacts personnels antérieurs risquent d'influencer le pouvoir adjudicateur. Selon la jurisprudence du TF rendue avant l'adoption de l'art. 21a OMP, le soumissionnaire préimpliqué supporte le fardeau de la preuve de démontrer qu'aucun avantage concurrentiel n'est résulté de sa coopération antérieure à la procédure de passation. Une participation à la procédure de passation en dépit d'une préimplification est admissible dans les cas suivants : (1) l'avance dans les connaissances gagnées sur les autres soumissionnaires est minime ; (2) l'objet du marché ne peut être fourni que par un petit nombre de soumissionnaires ; (3) la préimplification a été communiquée de manière transparente aux autres soumissionnaires ; (4) la participation à la

préparation de la procédure de passation était d'une importance secondaire. Une participation ne revêt jamais une importance purement secondaire lorsque le soumissionnaire en cause a été chargé de la planification ou du projet de construction en cause, lorsqu'il a élaboré les études ou avant-projets de l'ensemble du marché et s'est plongé de manière approfondie à cette fin dans une étude d'ensemble, ou lorsqu'il a élaboré tous les documents d'appel d'offres ou l'essentiel de ceux-ci (consid. 3).

- En l'espèce, l'OFROU a expressément publié dans l'appel d'offres que deux entreprises étaient écartées du marché en cause, car elles avaient coopéré de manière significative au marché en tant qu'auteurs du projet et avaient élaboré les documents d'appel d'offres. En tant que sous-traitante d'une des deux entreprises, chargée à ce titre du conseil technique et de l'élaboration de partie des documents d'appel d'offres sur des aspects centraux pour le futur marché (cahier des charges), la recourante aurait dû savoir que son offre ne serait pas prise en compte du fait de sa préimplication. En y travaillant durant des mois, elle a bien connu les souhaits, préférences, craintes et évaluations des risques du pouvoir adjudicateur, de sorte qu'elle sait nécessairement particulièrement bien à quoi le pouvoir adjudicateur est attaché (consid. 4). La participation d'un employé de la recourante comme personne clé, tant dans le premier marché où la recourante était sous-traitante que dans le second marché où elle était soumissionnaire, montre qu'elle a acquis des connaissances préalables très significatives (consid. 7-8.4). Il appartient dès lors à la recourante de démontrer qu'il n'est pas résulté de sa participation préalable un avantage concurrentiel (consid. 8.5). On ne peut pas faire un calcul purement comptable de la participation de l'entreprise en cause ; il faut prendre en compte l'importance des éléments sur lesquels elle a travaillé et des connaissances ainsi acquises. En l'espèce, la recourante a travaillé sur les documents d'appel d'offres, qui contiennent une description complète et détaillée des produits, tâches ou prestations (art. 18 al. 1 let. b OMP), à savoir le cahier des charges. Les connaissances préalables acquises grâce à la préparation du cahier des charges ont conféré à la recourante préimpliquée un avantage concurrentiel (consid. 9).

Droit d'être entendu et motivation

• La recourante n'avait pas de droit d'être entendue par le pouvoir adjudicateur avant que son offre ne soit écartée en raison de sa préimplication, car l'art. 26 al. 2 LMP écarte expressément

l'application de cette disposition (art. 30 PA) durant la procédure de passation du marché. Un tel droit n'existe que durant la procédure de recours (consid. 2.1-2.2).

- L'art. 23 al. 1 LMP permet une motivation initiale sommaire de la décision par le pouvoir adjudicateur, en dérogation à l'art. 35 PA, y compris dans le cas d'une décision d'exclusion (art. 29 let. d LMP). La justification de l'exclusion donnée en 2 mots *in casu* par le pouvoir adjudicateur (« préimplication illicite ») semble conforme à l'art. 23 al. 1 LMP, car l'art. 23 al. 2 LMP indique les renseignements (complémentaires) que le pouvoir adjudicateur doit fournir, sur demande, au soumissionnaire évincé. Or, la recourante n'a pas fait usage d'une telle possibilité. La motivation du pouvoir adjudicateur est insuffisante en ce qu'il n'a pas indiqué pourquoi l'avantage concurrentiel de la recourante, du fait de sa préimplication, ne pouvait pas faire l'objet de mesures de compensation selon l'art. 21a OMP. Dans le cas d'espèce toutefois, la recourante savait qu'elle avait été sous-traitante d'une des entreprises ayant préparé les documents d'appel d'offres et pouvait lire l'exclusion expresse de cette entreprise dans l'appel d'offres ultérieurement publié, de sorte que l'économie de procédure s'oppose à une annulation de la décision avec renvoi au pouvoir adjudicateur pour un vice purement formel (consid. 2.3-2.5).

Jugements
cantonaux –
Tribunal
administratif de
Neuchâtel

Variante

- CDP NE du 3 juillet 2012 ([CDP.2012.78](#)) – Adjudication d'un marché public de travaux de construction d'un tunnel.
A moins que cette faculté n'ait été expressément exclue par l'appel d'offres, l'offre peut comporter des variantes, à côté de l'offre de base. Les variantes sont examinées séparément. On distingue les variantes de conception (*Projektvariante*), qui consistent à proposer la réalisation d'un projet partiellement ou totalement différent de celui mis en soumission, des variantes d'exécution (*Ausführungsvariante*), qui portent sur la réalisation du projet décrit dans le cahier des charges, mais selon une autre méthode que celle attendue. Une variante ne peut être prise en considération pour l'adjudication qu'à la double condition de respecter les éventuelles conditions minimales impératives fixées dans le cahier des charges et de présenter des caractéristiques techniques équivalentes à celles exigées de l'offre de base. Le pouvoir adjudicateur dispose d'un important pouvoir d'appréciation quant à la décision d'attribuer le

marché à une offre de base ou à une variante. Il peut d'ailleurs se décider, même au prix d'un certain risque, pour une nouvelle technologie dont l'efficacité ne serait pas établie par des connaissances scientifiques. Il n'appartient pas au juge de jouer le rôle de « super pouvoir adjudicateur », ni de dire si une solution plus ou moins adéquate ou innovante aurait dû être choisie. En l'espèce, l'excavation, sur des longueurs partielles (volées), d'un noyau puis à partir de celui-ci de l'alésage, de même que l'utilisation de béton projeté renforcé de fibres polypropylènes correspondent à une variante d'exécution, et non pas de projet ou de conception. La variante de l'adjudicataire pouvait donc être retenue.

Conflit d'intérêts entre les avocats du pouvoir adjudicateur et de l'adjudicataire

• CDP NE du 29 mai 2012 ([CDP.2012.78](#)) – Pouvoir adjudicateur et adjudicataire représentés par deux avocats associés dans la même étude d'avocats, dans le cadre d'un recours contre l'adjudication.

Les principes applicables en matière de conflit d'intérêts s'appliquent aux études d'avocats dans leur ensemble, en ce sens que tous les associés et les collaborateurs de l'étude sont traités à cet égard comme un mandataire unique. L'incapacité de représentation affectant un avocat rejaillit sur ses associés, de sorte que le problème de la double représentation peut survenir quand les parties sont représentées par des avocats distincts, mais pratiquant dans la même étude, en qualité d'associés. Dans le cadre de la procédure de passation initiale, les intérêts du pouvoir adjudicateur et ceux des différents soumissionnaires ne sont pas convergents. En revanche, dans le cadre de la procédure de recours, l'intérêt du pouvoir adjudicateur et de l'adjudicataire est l'exécution aussi rapide que possible de la décision d'adjudication, de sorte que leur intérêt est convergent. Si l'adjudication est annulée et la cause renvoyée au pouvoir adjudicateur pour nouvelle décision, une représentation commune ne serait plus possible, puisque les intérêts du pouvoir adjudicateur et ceux des différents soumissionnaires seraient à nouveau divergents.

Mise en balance des intérêts dans le cadre de l'effet suspensif

• CDP NE du 3 mai 2012 ([CDP.2012.78](#)) – Adjudication d'un marché de travaux de construction d'un tunnel. Effet suspensif.

Le recours n'apparaît pas d'emblée manifestement dépourvu de chances de succès. L'intérêt public lié à la sécurité routière et, partant, à la protection de la vie et de l'intégrité corporelle des usagers de la route, peut apparaître comme prépondérant. De sérieux risques à très court terme doivent toutefois être étayés par la documentation au dossier. Des impératifs de nature financière ne relèvent pas de la notion d'intérêt public, mais peuvent être pris

en compte dans la balance générale des intérêts en cause. En l'espèce, l'intérêt de la partie recourante à bénéficier d'une protection juridictionnelle effective doit l'emporter.

Qualité pour recourir contre l'adjudication prononcée sur la base d'une recommandation d'un collège d'experts

• CDP NE du 8 mars 2012 ([CDP.2011.451](#)) – Adjudication d'un marché d'études parallèles, reposant sur la recommandation d'un collège d'experts.

La qualité pour recourir contre l'adjudication au terme de mandats d'études parallèles, fondée sur la recommandation d'un collège d'experts, ne peut pas être niée pour le motif que cette recommandation relèverait de la seule appréciation dudit collège et serait définitive. Le pouvoir d'examen de l'autorité de recours est très limité en ce qui concerne l'évaluation faite par ce collège.

Standstill et conclusion du contrat

• CDP NE du 21 décembre 2011 ([CDP.2011.212](#)) – Contrat conclu de manière anticipée durant le délai de *standstill*.

Le pouvoir adjudicateur qui signe un contrat avec l'adjudicataire en violation du *standstill* et qui ne divulgue cette information qu'après que le contrat est très largement exécuté – en l'occurrence suite à l'annulation de la première adjudication par l'autorité de recours et au renvoi au pouvoir adjudicateur pour nouvelle décision – viole gravement les principes essentiels gouvernant le droit des marchés publics (transparence de la procédure, non-discrimination et concurrence efficace entre les soumissionnaires), ainsi que les principes généraux de droit administratif (abus de droit, bonne foi). Cette politique du fait accompli a pour effet de limiter considérablement, voire même d'annihiler les chances du soumissionnaire évincé de préserver ses intérêts commerciaux et revient donc à vider de sa substance la protection juridictionnelle. Elle a également pour conséquence de soumettre à l'autorité de recours un litige qui n'a plus réellement d'objet. Dans la mesure où le pouvoir adjudicateur, lié par un contrat en cours d'exécution, ne pouvait qu'adjuger à nouveau le marché au même adjudicataire, cela jette un doute sérieux et un discrédit sur la nouvelle évaluation faite par le pouvoir adjudicateur.