

**Congrès FSA
Lucerne, 14 juin 2019**

Droit des marchés publics

Daniel Guignard, avocat spécialiste FSA en
droit de la construction et de l'immobilier

PLAN

- I. Législation
- II. Procédure de gré à gré : questions choisies
- III. Jurisprudence récente

I. Législation – révision droit des marchés publics

A. Accord de 2012 de l'OMC (AMP)

Adopté par le CN et le CE ; en vigueur : 30.03.2012

B. Révision totale LMP

- 15.02.2017 Message CF P-LMP
- Mars 2019 CN
- Juin 2019 CE
- Élimination des divergences

C. P – AIMP Cantons

Document de comparaison DTAP)

I. Législation – révision LTF

- Message CF 15.06.2018
- LTF Art. 83 lit f. (RS 173.110)
- LTF Art. 89a/1 et 89b/1/1+2 (FF 2018 p. 4667)
- Traité par CN

LTF Art. 83 lit. f. (RS 173.110)

Art. 83 LTF Exceptions

Le recours est irrecevable contre:

- f. les décisions en matière de marchés publics:
 1. si la valeur estimée du mandat à attribuer est inférieure aux seuils déterminants de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics ou de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics,
 2. si elles ne soulèvent pas une question juridique de principe.

P-LTF Art. 89a/1 89b/1+2 (FF 2018 S.4667)

Art. 89a Recevabilité

1. Le recours est recevable contre les décisions des autorités fédérales précédentes, sans égard aux exceptions ni aux valeurs litigieuses minimales visées aux art. 73, 74, 79, 79a, 83 et 85, si la contestation soulève une question juridique de principe ou porte, pour d'autres motifs, sur un cas particulièrement important.

Art. 89b Définitions

1. Une contestation soulève une question juridique de principe notamment si :
 - a. le Tribunal fédéral n'a pas encore tranché une question juridique importante qui mérite d'être éclaircie;
 - b. la jurisprudence antérieure du Tribunal fédéral mérite d'être précisée ou modifiée;
 - c. la jurisprudence des autorités précédentes (art. 75, 80, 86) sur une question juridique n'est pas uniforme;
 - d. l'autorité précédente a refusé d'appliquer la jurisprudence du Tribunal fédéral.

2. Une contestation porte sur un cas particulièrement important notamment si :
 - a. la décision attaquée porte gravement atteinte à des principes juridiques fondamentaux;
 - b. dans les litiges en matière d'entraide pénale internationale et d'assistance administrative internationale,...
 - c. la décision attaquée a des conséquences extraordinaires ou d'une grande ampleur.

II. Procédure de gré à gré: questions choisies

A. Notion et délimitation

- L'adjudicateur adjuge le marché directement, sans procéder à un appel d'offres (art. 16 LPM; art. 12 al. 1 lit. c AIMP).
 - **Absence de forme** : L'adjudicateur sollicite directement une offre à une entreprise ou à un prestataire, sans aucune publication ni respect d'une forme particulière.
- La procédure de gré à gré se distingue de la **procédure sur invitation**, où l'adjudicateur invite des soumissionnaires à présenter une offre dans un délai donné, sans publication. L'adjudicateur doit si possible demander au moins trois offres (art. 12 al. 1 lit. b bis AIMP).
 - **Exigence formelle** : Dossier d'appel d'offres à constituer, critères d'évaluation prédéfinis et décision d'adjudication sujette à recours.

B. Deux catégories de procédure

1. Procédé de gré à gré ordinaire

- applicable en deçà des valeurs-seuils.
- Gré à gré concurrentiel (ou comparatif) :
 - Exclu en droit fédéral. Mais : admission du gré à gré concurrentiel et des négociations à l'avenir ? (art. 21 P-LMP).
 - Niveau cantonal : certains cantons l'admettent (ZH, JU, NE, VD) :
VD : art. 7 al. 1 let. c LMP-VD (entrée en vigueur 01.07.2017), qui autorise les négociations (art. 35 al. 2 RLMP-VD). Uniquement pour les marchés simples où seul le prix est déterminant.

2. Procédure de gré à gré exceptionnelle, applicable au-delà des valeurs-seuils :

- Consacré par et aux conditions de l' art. XV AMP.
- La législation fédérale, respectivement cantonale, doit être interprétée en conformité avec l'art. XV AMP → si une règle cantonale met en œuvre l'art. XV AMP, elle ne peut être interprétée en ce sens qu'elle assouplirait les conditions d'application de l'AMP (arrêt TA VD du 24.01.2001, in RDAF 2002 I p. 142).

- Exemples de gré à gré exceptionnel :

a) Urgence (art. XV par. 1 lit. c AMP; art. 13 al. 2 lit. d OMP; art. 12 al. 1 let. c AIMP) : strictement nécessaire lorsque, pour des raisons d'extrême urgence dues à des événements qui ne pouvaient être prévus par l'entité, les procédures ouvertes ou sélectives ne permettraient pas d'obtenir les produits ou services en temps voulu.

→ 4 conditions :

- Survenance d'un événement imprévisible
- Réalisation de la prestation du marché doit revêtir une urgence impérieuse (PA ne doit pas être en mesure d'y faire face par le biais d'un appel d'offres public)
- Situation d'urgence non imputable au pouvoir adjudicateur
- Marché strictement limité à rétablir une situation normale.

Casuistique : arrêt du TA GE du 28.07.2009 (ATA/358/2009 : trop de temps s'est écoulé entre la découverte du bloc de molasse et la décision d'adjudication de gré à gré).

- b) Absence de concurrence pour des raisons techniques ou artistiques du marché ou pour des motifs relevant de la propriété intellectuelle (art. XV par. 1 lit. b AMP; art. 13 al. 1 lit. c OMP; art. 10 al. 2 lit. c AIMP) :

Clause d'entrepreneur général ou d'architecte liée à l'acquisition d'un bien-fonds :

Arrêt « TPF » du TC Fribourg (602 2012 148) du 7 juin 2013 : vente de terrains aux TPF conditionnée à l'attribution du contrat d'entreprise générale à une entreprise de construction appartenant au vendeur → adjudication de gré à gré du contrat d'entreprise générale :

« Dans la mesure où les fonctionnalités offertes par l'emplacement choisi (regroupement des services et proximité du centre cantonal) sont les seules à remplir les critères fondamentaux retenus par l'adjudicateur pour le développement futur de son entreprise, on doit admettre que [...] le projet ne peut se réaliser raisonnablement que sur les terrains concernés par la clause d'entrepreneur et que, par conséquent, une adjudication de gré à gré est incontournable ».

- Il ne doit pas exister d'alternative raisonnable à la construction de l'ouvrage sur le terrain concerné. La notion d'alternative raisonnable dépend de la nature du projet en cause.
- Une autre solution n'apparaît pas déraisonnable du simple fait qu'elle présente de légers désavantages par rapport à celle qui a été retenue.
- Du moment qu'une adjudication de gré à gré ne doit être admise qu'avec retenue, l'emplacement grevé d'une clause d'architecte ou d'entrepreneur doit apparaître incontournable pour justifier valablement une dérogation aux règles usuelles sur les marchés publics (par exemple, lorsqu'il s'agit d'agrandir un bâtiment existant sur un terrain voisin).

c) Concours de projet :

- Adjudication de gré à gré possible, mais uniquement si l'adjudicateur annonce à l'avance son intention d'adjuger le marché au lauréat d'un concours de projet ou d'un concours portant sur les études et la réalisation (art. XV par. 1 lit. j AMP; art. 13 al. 1 lit. 1 OMP; § 9 al. 1 lit. j AIMP; TF 2C_528/2010 du 6 novembre 2010; arrêt MPU.2010.0019 du 12 avril 2011 de la CDAP VD).

C. Voie de recours

- Décision d'adjudication de gré à gré sujette à recours.
- Rapport à rédiger par l'adjudicateur pour chaque adjudication de gré à gré (nom de l'adjudicataire, valeur, nature de la prestation, cas de gré à gré).
- Publication de la décision (art. 23 et 24 LMP; art. 10 lit. h AIMP).
- Recours en matière de droit public ou un recours constitutionnel subsidiaire au concurrent qui se plaint d'une pareille adjudication dont il prétend qu'elle l'a illégalement privé du droit de présenter, pour ce marché public, une offre dans une autre procédure à laquelle il aurait pu participer et que l'adjudicateur se serait abstenu à tort d'utiliser, étant bien entendu que ce concurrent doit alors établir qu'il est en mesure de fournir la prestation souhaitée par le client (TF 2C_591/2014 du 29.09.2014; TF 2C_134/2013 du 06.06.2014).
- Droit cantonal doit être appliqué de manière à définir la qualité pour recourir selon les mêmes standards que le droit fédéral et doit instituer un recours judiciaire (arrêt TC VS du 23.09.2016 (cause A1 16 183) in RVJ 2017, p. 30-34).
- Intérêt digne de protection du recourant, qui doit rendre vraisemblable qu'il aurait pu déposer une offre si la procédure avait été ouverte.

III. Jurisprudence récente

1. Interruption d'un marché après la décision d'adjudication, en raison de l'absence d'octroi de crédits de construction (arrêt du 05.03.2019 de la CDAP VD MPU.2018.0015) :
 - Aucune obligation de contracter pour l'adjudicateur.
 - Interruption peut être illicite et ouvrir la voie à des dommages-intérêts si le PA adopte un comportement contraire à la bonne foi (ex : procédure initiée pour sonder le marché; PA lance une procédure sans s'être assuré du financement du projet).
 - *In casu* : interruption non illicite car la Commune avait subordonné la réalisation du marché à l'obtention du crédit.

2. Droit d'être entendu du recourant et non-accessibilité à l'offre de l'adjudicataire (arrêt du 18.12.2018 de la CDAP VD MPU.2018.0019) :

- Le droit d'être entendu, y compris celui de consulter le dossier, doit être garanti. Mais le droit de consulter les pièces relatives à l'offre des soumissionnaires concurrents et de l'adjudicataire peut être restreint, afin de garantir le secret des affaires et le secret de fabrication, également protégés par la loi (ATF 139 II 489 consid. 3.3; 2C_31/2018 du 01.02.2019).
- Le TC est lié par le refus d'une partie de laisser consulter son offre, ainsi que les pièces jointes à ses écritures (art. 18 al. 2 RLMP-VD).
- Le TC ne fonde pas son arrêt sur une pièce sans que le contenu synthétique de celle-ci ait été porté à la connaissance des parties, à un moment ou à un autre de la procédure, notamment lors de l'audience d'instruction et de débats : **ce mode de faire est le seul qui permette de garantir à la partie qui n'a pas d'accès direct aux pièces de la partie adverse, le respect de son droit d'être entendue.**

3. Les notes attribuées à un soumissionnaires ne relève pas du secret des affaires ! (arrêt du 05.03.2019 du Pdt TC JU (25/2019)) :
- Constitue un secret de fabrication ou un secret commercial toute connaissance particulière qui n'est pas de notoriété publique, qui n'est pas facilement accessible, dont un fabricant ou commerçant a un intérêt légitime à conserver l'exclusivité et qu'en fait il n'entend pas divulguer. Il faut entendre par secrets de fabrication et secrets commerciaux des informations qui peuvent jouer un rôle sur le résultat commercial.
 - **Secrets de fabrication** : les recettes et moyens de fabrication qui ne sont pas publics et qui revêtent une grande valeur pour le fabricant.
 - **Secrets commerciaux** : la connaissance de sources d'achat et de ravitaillement et celles relatives à l'organisation interne de l'entreprise (2C_31/2018), la calculation du prix, la publicité et la production (ATF 103 IV 283 consid. 2b; 109 Ib 56 consid. 5c), la composition d'un produit, la construction d'une machine, les projets de fabrication, les relations bancaires, les listes de fournisseurs, la situation financière de la société, les programmes de lancement d'un produit ou d'une campagne publicitaire (RJJ 1995 p. 376 et 379).

4. Octroi d'une concession d'usage du domaine public en vue d'une exploitation d'un système de vélos en libre-service (TF 2C_229/2017 du 09.03.2018; cf. aussi 2C_58/2018 du 29.06.2018) :
- Marché public si la collectivité publique, qui intervient sur le marché libre en tant que "demandeur", acquiert auprès d'une entreprise privée, moyennant le paiement d'un prix, les moyens nécessaires dont elle a besoin pour exécuter ses tâches publiques (141 II 113).
 - Pas de marché public si la collectivité publique permet uniquement à une entreprise privée d'exercer une activité déterminée en se limitant à ordonner ou réguler l'activité privée car la collectivité ne charge pas l'entreprise d'exercer une activité ni ne se procure un bien (125 I 209) → l'octroi d'une concession exclusive pour l'usage du domaine public n'est pas un marché public (143 II 120). Mais : marché public si la concession est indissociablement liée à des contre-prestations d'une certaine importance qui devraient normalement faire l'objet d'un marché public (135 II 49).
 - **Le fait de faciliter le transfert modal des habitants du transport individuel motorisé au vélo est une tâche publique (144 II 77) →** si une collectivité publique charge une entreprise privée d'accomplir une telle tâche, celle-ci est un marché public.

- Bien que l'Etat ne s'acquitte pas directement d'une prestation financière en faveur de l'exploitant, l'octroi d'un droit exclusif pour l'accomplissement d'une tâche publique et la mise à disposition du DP constituent ici la contrepartie octroyée par la collectivité. En outre, le but de régulation de l'activité n'était pas prépondérant, contrairement à l'obtention d'une prestation dans l'intérêt public → **l'attribution d'une concession d'occupation du domaine public en vue de l'exploitation d'un système de vélos en libre-service constitue un marché public.**

5. Attribution par les CFF de surfaces commerciales dans une gare : assujettissement à la LMP ? (arrêt du 16.04.20189 du TAF B-1231/2019)
- Lancement d'un appel d'offres par les CFF : « *le bailleur n'est pas tenu d'accepter une offre reçue et se réserve le droit de compléter, de modifier ou de clôturer à tout moment la procédure de location (en particulier la procédure d'évaluation ou le calendrier) sans avoir à motiver sa décision* ».
 - Si l'autorité octroie une concession pour l'utilisation spéciale du DP ou pour l'exercice d'une activité monopolisée, il ne s'agit pas d'un marché public, car l'autorité n'agit pas en tant qu'acquéreur de fournitures, de constructions ou de services, mais accorde à un tiers un droit portant sur une utilisation spéciale du domaine public ou sur l'exercice d'une activité monopolisée. La situation est différente si l'octroi d'une concession est **indissociablement lié à l'acquisition de prestations d'une certaine importance, qui font normalement l'objet de marchés publics**.
 - *In casu* : l'attribution des surfaces commerciales n'est pas liée à l'acquisition de prestations devant faire l'objet de marchés publics → LMP inapplicable.

6. Exclusion de l'adjudicataire pour non-paiement des cotisations sociales et transmission de faux renseignements (arrêt du 19.02.2019 du TAF B-396/2018)
- **Remise de l'offre le 31.8.2017** par un consortium dont l'un des membres certifie faussement être à jour dans le paiement des cotisations sociales.
 - **Adjudication le 23.11.2017** au consortium, dont l'un des membres était en faillite depuis le 9.11.2017 et en poursuite depuis le 9.8.2017 pour non-paiement de cotisations AVS à hauteur de CHF 21'000.-.
 - Règlement de l'arriéré de cotisations et révocation de la faillite le 7.12.2017.
 - **Publication de la décision d'adjudication le 19.12.2017** : le membre du consortium n'a alors plus d'arriérés de cotisations et n'est plus en faillite.
 - **Art. 11 LMP** : L'adjudicateur *peut* révoquer l'adjudication ou exclure un soumissionnaire si ce dernier a transmis de faux renseignements (let. b), s'il n'a pas payé les impôts ou les cotisations sociales (let. c) ou s'il fait l'objet d'une faillite (let. f).

- Rejet de l'argument de l'OFROU selon lequel le critère d'aptitude devait être respecté par le consortium, non par ses membres individuellement → chaque membre devait être à jour dans le paiement de ses cotisations et chaque certification devait être exacte.
- Les conditions de participation doivent être remplies *tout au long de la procédure, et même après l'adjudication* → leur examen doit avoir lieu **au moment de l'évaluation des aptitudes**, juste avant celle des offres, et, **sauf exception (point mineur), sur la base de faits antérieurs au moment du dépôt de l'offre.**
- **Le paiement des cotisations sociales n'est pas un «point mineur» susceptible d'être guéri après le délai de soumission.**
- En plus, transmission de faux renseignements au PA.
- Exclusion possible ou obligatoire ? Lorsqu'un cas d'exclusion est destiné à réaliser un but essentiel des marchés publics, le pouvoir de renoncer à l'exclusion est limité. Le non-paiement de cotisations sociales porte atteinte à l'égalité de traitement entre soumissionnaires. En plus, attitude déloyale du soumissionnaire qui certifie faussement avoir payé ses cotisations → Exclusion *devait* être prononcée vu la gravité des manquements.

**Congrès FSA
Lucerne, 14 juin 2019**

Merci de votre attention !

**Daniel Guignard, avocat spécialiste FSA en
droit de la construction et de l'immobilier**