UNIL | Université de Lausanne

Professeur hon. Etienne Poltier

Le nouveau droit des marchés publics

Révision totale, mais dans la continuité

| le savoir vivant |

1

La notion de marchés publics

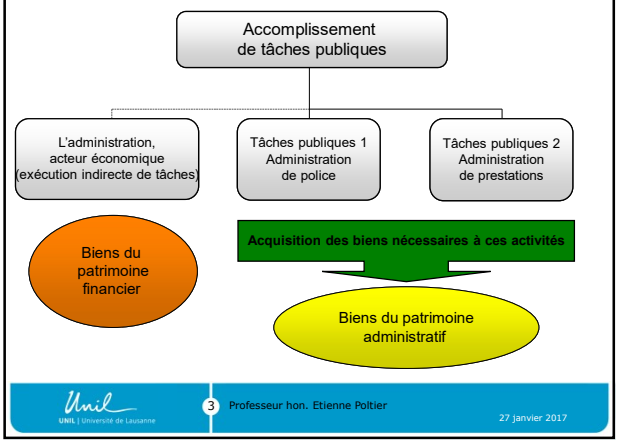
Définition provisoire:

Par marchés publics*, on désigne toutes les acquisitions par l'Etat de biens et de services auprès d'agents économiques privés moyennant le paiement d'un prix.

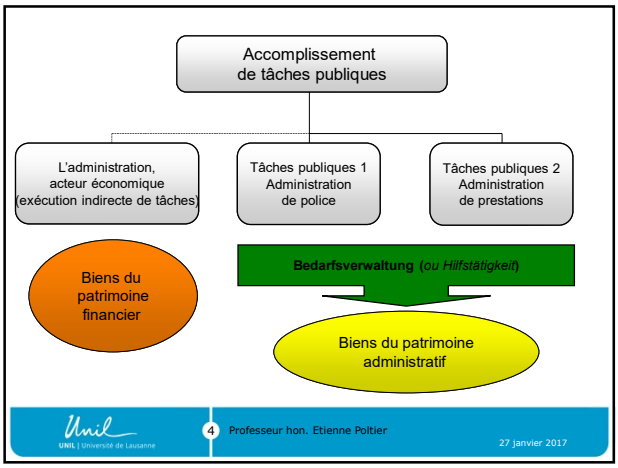
(voir ATF 125 I 209; pour des développements et une définition plus complète: ATF 135 II 49)

**öffentliche Beschaffungen/public procurement*

2



3



4

La couverture des besoins courants de l'Administration (*Bedarfsverwaltung*)

Prévaut l'alternative:

Make **OR** **Buy**

Acquisition en interne
(in house)
→ Sans procédure
particulière

Acquisition sur le marché

→ Procédure de marché
public nécessaire

5 Professeur hon. Etienne Poltier 31/08/2020

5

Sommaire

I. Les sources
II. Champ d'application
III. Les procédures
IV. La protection juridique
V. Divers (si le temps le permet…)

6 Professeur hon. Etienne Poltier 31/08/2020

6

Sommaire

I. Les sources
II. Champ d'application
III. Les procédures
IV. La protection juridique
V. Divers (si le temps le permet…)

7

Droit international
Accord sur les marchés publics conclu à Marrakech le 15 avril 1994
dans le cadre du GATT/OMC (RS 0.632.231.422); révisé le 30 mars 2012. Ratification par la Suisse en cours
Accord bilatéral sur les marchés publics conclu entre la communauté européenne et la Suisse (RS 0.172.052.68)

Droit fédéral
Loi du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.1); en vigueur jusqu'au 31.12.2020
Loi du 21 juin 2019 sur les marchés publics (nLMP; RS 172.056.1); en vigueur dès le 1.1.2021
Loi du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02, art. 5 al. 1 modifié le 21 juin 2019)

Droit intercantonal
Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP; révisé le 15 mars 2001).
Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (nAIMP); adhésions en cours
Pour ces trois niveaux de textes: voir Zufferey/Beyeler/Studer, Réglementations des marchés publics en Suisse, Panorama/Textes/Notes explicatives, Edition 2020; voir aussi document comparatif nLMP/nAIMP

Droit cantonal (en révision, en vue d'une adaptation au nAIMP; les textes ne sont pas encore connus)
Loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LVMP; RSV 726.01)
Règlement du 7 juillet 2004 d'application de la LVMP (RMP; RSV 726.01.1)

Droit de l'Union européenne
Directives 2014/24/UE et 25/2014/UE
Voir aussi Directive 2014/23/UE sur les concessions

8

Sommaire

I. Les sources
II. Champ d'application
  A. Champ d'application subjectif
  B. Champ d'application objectif
I. Les procédures
II. La protection juridique
III. Divers (si le temps le permet…)

9

La notion de marchés publics: champ d'application subjectif

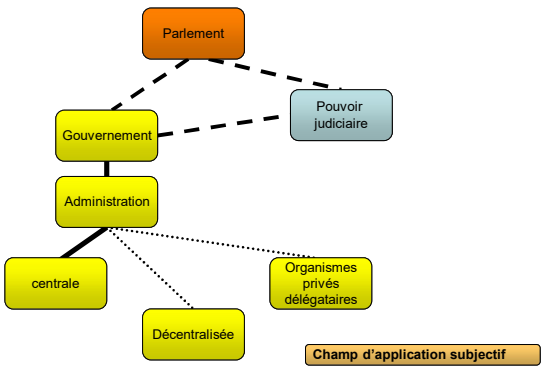
Définition provisoire:

Par marchés publics*, on désigne toutes les acquisitions par l'Etat de biens et de services auprès d'agents économiques privés moyennant le paiement d'un prix.

(voir ATF 125 I 209; pour des développements et une définition plus complète: ATF 135 II 49)

**öffentliche Beschaffungen/public procurement*

10



11

A. Champ d'application subjectif

Trois remarques sommaires:

a) Comme dans l'ancien droit, il n'y a **pas d'harmonisation** des solutions fédérale et cantonales sur ce point dans le nouveau droit; cela tient au fait que l'AMP traite différemment l'État central et les entités sous-centrales à cet égard et prévoit en outre un régime spécifique pour les *secteurs*.

b) La jurisprudence antérieure a rencontré des difficultés à circonscrire **le cercle des entités cantonales décentralisées assujetties** (elle s'est inspirée à cet égard de la notion d' « organisme de droit public », développée en droit européen et reprise par l'AMP; voir ATF 145 II 149; 142 II 369). Est-ce un acquis pour le nouveau droit?

c) L'assujettissement des entités de l'administration centrale ne soulève guère de questions; pour le surplus, cet aspect connaît avec le nouveau droit une évolution de détail. Mais ce thème reste extrêmement trapu.

12

B. Champ d'application objectif

1. La notion de marché public
2. Illustrations
   a) Cas simples
   b) Opérations complexes
   c) La définition du nouveau droit
3. Délégations de tâches publiques et concessions
4. Exceptions

13

1. La notion de marchés publics
(en lien avec le champ d'application objectif)

Définition provisoire:

Par marchés publics, on désigne toutes les acquisitions par l'Etat de biens et de services auprès d'agents économiques privés moyennant le paiement d'un prix (voir ATF 125 I 209; pour des développements et une définition plus complète: ATF 135 II 49).

14

1. La notion de marchés publics
(en lien avec le champ d'application objectif)

Définition provisoire:

Par marchés publics, on désigne toutes les acquisitions par l'État (3) de biens et de services (1) auprès d'agents économiques privés (4) moyennant le paiement d'un prix (2).

15

2. Illustrations

a) Cas simples
b) Opérations complexes
c) La définition du nouveau droit

16

Marchés publics: illustrations
a) cas simples

	TYPE DE MARCHE	TYPE DE CONTRAT (par exemple…)
Acquisition de biens mobiliers	Fournitures	Contrat de vente
Prestations tendant à la réalisation d'un ouvrage immobilier	Travaux	Contrat d'entreprise
Autres prestations de service	Services	Contrat de mandat

17

Marchés publics: illustrations
b) opérations complexes

— contrats groupant des prestations assujetties et des prestations non assujetties (p. ex. en raison du privilège immobilier)

— contrats dans lesquels la collectivité publique ne verse pas un prix en espèces, mais une autre contrepartie appréciable en argent (p. ex. l'octroi d'une concession d'usage du domaine public ou un droit de superficie « gratuitement »)

— les PPP.

18

Art. 10 al. 1 let. b nLMP

[1]La présente loi ne s'applique pas: […]

b. à l'acquisition, à la location ou à l'affermage d'immeubles, de constructions ou d'installations ni aux droits y afférents; […]

*NB: on parle à ce propos de «**privilège immobilier**»*

19

Marchés publics: illustrations
b) opérations complexes

Casus

La ville de Genève envisage la mise en place d'un système de vélo en libre service. Selon le projet, une entité privée devrait supporter l'ensemble des coûts relatifs à la mise en place et au fonctionnement du système de vélos en libre-service, pour une durée de 10 ans ; elle devrait donc pourvoir à l'achat des vélos, soit environ 500, la mise en place et la remise en propriété de 40 stations automatisées où seraient stationnés les vélos. Elle serait chargée également de l'entretien des stations, des vélos et de l'exploitation du système. La ville de Genève prévoit en outre l'octroi gratuit d'une concession d'usage privatif du domaine public pour permettre l'exploitation de ce service. L'entreprise choisie devrait couvrir ses coûts par les taxes prélevées sur les usagers.

S'agit-il d'un marché public?

ATF 144 II 177 (Genève) et 184 (Berne); 135 II 49.

20

Marchés publics: Illustrations
c) la définition du nouveau droit

Chapitre II Champ d'application

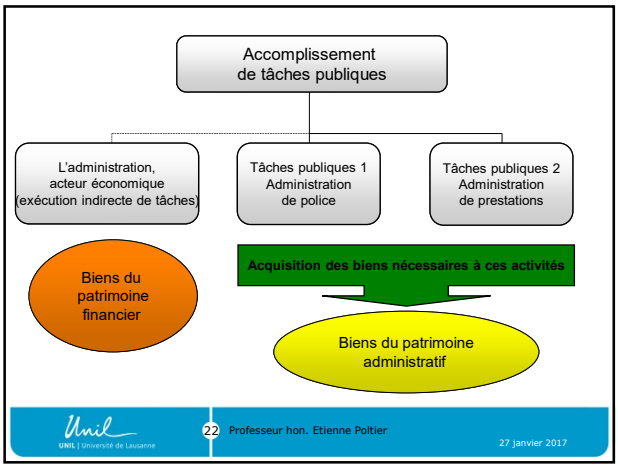
Section 2 Champ d'application objectif

Article 8 al. 1 nLMP

[1] Un marché public est un contrat conclu entre un adjudicateur et un soumissionnaire en vue de l'exécution d'une tâche publique. Il est caractérisé par sa nature onéreuse ainsi que par l'échange de prestations et contre-prestations, la prestation caractéristique étant fournie par le soumissionnaire.

[…]

21



22

3. Délégations de tâches publiques et concessions

Art. 9 nLMP Délégation de tâches publiques et octroi de concessions

La délégation d'une tâche publique ou l'octroi d'une concession sont considérés comme des marchés publics lorsque le soumissionnaire se voit accorder, du fait d'une telle délégation ou d'un tel octroi, des droits exclusifs ou spéciaux qu'il exerce dans l'intérêt public en contrepartie d'une rémunération ou d'une indemnité, directe ou indirecte. Demeurent réservées les dispositions des lois spéciales.

23

3. Délégations de tâches publiques et concessions

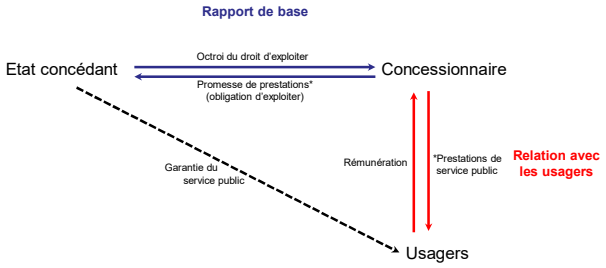
Ce type d'opérations est généralement complexe. La nLMP les **soumet partiellement** aux règles applicables aux marchés publics (en particulier, elles ne sont pas soumises à la concurrence internationale, même si les valeurs seuils des traités sont dépassées; voir Annexe 5 de la loi).

Cela suppose d'opérer la **distinction** entre marchés publics, d'un côté, délégations et concessions, de l'autre. La jurisprudence tend à interpréter la notion de marchés publics de manière large (voir ATF 144 II 177 [Genève] et 184 [Berne], tous deux concernant la mise en place d'un système de vélo en libre service; 134 II 297, collecte et transports de déchets; TF, arrêt du 12.10.2018, 2C_861/2017, soins à domicile, services Spitex): A l'avenir?

Enfin les **concessions cantonales** qui échappent à l'art. 9 nLMP, restent soumises au régime de l'art. 2 al. 7 LMI. A noter que le TF a considéré que l'octroi d'un droit d'usage exclusif portant sur un élément du patrimoine administratif constituait une concession (ATF 145 II 303), mais non pas si le droit portait sur le patrimoine financier (ATF 145 II 252).

24

Délégation d'une activité économique Concession de service public



25

B. Champ d'application objectif

1. La notion de marché public
2. Illustrations
   a) Cas simples
   b) Opérations complexes
   c) La définition du nouveau droit
3. Délégations de tâches publiques et concessions
4. **Exceptions**

26

La couverture des besoins courants de l'Administration (*Bedarfsverwaltung*)

Prévaut l'alternative:

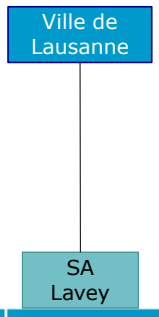
Make OR **Buy**

Acquisition en interne
(in house)
→ Sans procédure particulière

Acquisition sur le marché
→ Procédure de marché public nécessaire

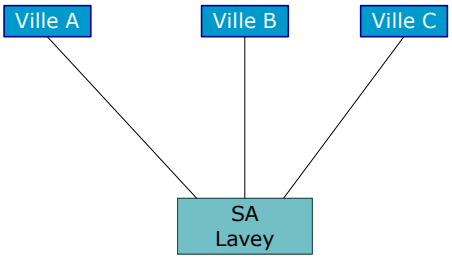
27

4. Exceptions, en particulier opérations « in house » / quasi in house / in state



28

4. Exceptions, en particulier opérations « in house » / quasi in house / in state



29

Art. 10 al. 3 nLMP

La présente loi ne s'applique pas non plus à l'acquisition de prestations: […]

b) d'autres adjudicateurs juridiquement indépendants et soumis au droit des marchés publics qui ne sont pas en concurrence avec des soumissionnaires privés pour la fourniture de ces prestations; [exception in state]

c) d'unités organisationnelles qui dépendent de l'adjudicateur; [exception in house]

d) de soumissionnaires sur lesquels l'adjudicateur exerce un contrôle identique à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui fournissent l'essentiel de leurs prestations à l'adjudicateur. [exception quasi in house]

30

Sommaire

I. Les sources
II. Champ d'application
III. Les procédures
IV. La protection juridique
V. Divers (si le temps le permet…)

31

III. Les procédures

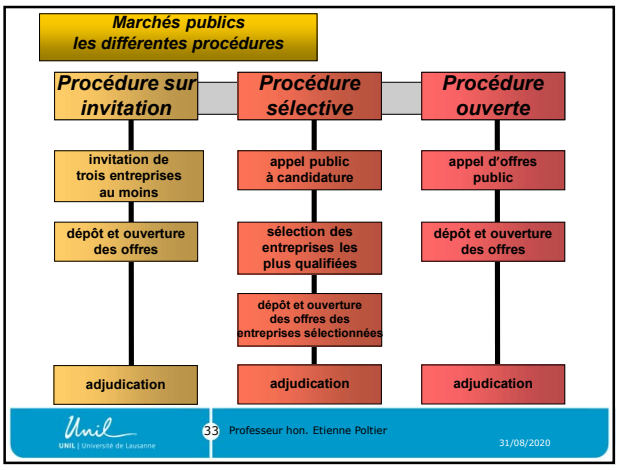
a) Les procédures **usuelles** jusqu'ici sont reprises, voire codifiées (p. ouverte, sélective, sur invitation, de gré à gré, y c. le gré à gré exceptionnel, art. 21 nLMP).

b) Le régime des **valeurs seuils** est maintenu lui aussi; la distinction entre marchés **internes** et marchés **internationaux** également.

c) De **nouvelles** procédures sont désormais réglées au niveau de la loi (concours et mandat d'études parallèles, enchères électroniques, dialogue, contrats-cadres; art. 22-25 nLMP).

d) Le déroulement des procédures usuelles n'est guère modifié, sinon s'agissant des possibilités ouvertes de **négociation** (art. 39 nLMP; même si la note marginale parle, de manière peu transparente de « rectification des offres »).

32



33

Procédure de marché public (procédure ouverte)

1. Préparation de l'appel d'offres
2.
   a) Appel d'offre
   b) Envoi du cahier des charges
3. Dépôt et ouverture des offres
4. Epuration des offres, cas échéant exclusion des offres irrégulières
5.
   a) Evaluation des offres (négociation éventuelle) et adjudication
   b) Procédure de recours
6. Conclusion du contrat

34

Marchés publics
les différentes procédures

procédure de gré à gré	procédure sur invitation	procédure sélective procédure ouverte
pas de mise en concurrence	mise en concurrence restreinte	mise en concurrence

Coût en CHF

35

Accord intercantonal sur les marchés publics

Valeurs-seuils selon les dispositions des traités internationaux *Annexe 1*

a) Accord relatif aux marchés publics (OMC)

Adjudicateurs	Valeurs-seuils en CHF (valeur-seuils en DTS)		
	marchés de construction (valeur totale)	fournitures	Prestations de services
Cantons	8'700'000 CHF (5'000'000)	350'000 CHF (200'000)	350'000 CHF (200'000)
Autorités/entreprises publiques dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et de télécommunications	8'700'000 CHF (5'000'000)	700'000 CHF (400'000)	700'000 CHF (400'000)

36

Accord intercantonal sur les marchés publics

Valeurs-seuils et procédures applicables aux marchés non soumis aux traités internationaux *Annexe 2*

Champ d'application	Fournitures (valeurs-seuils en CHF)	Services (valeurs-seuils en CHF)	Construction (valeurs-seuils en CHF)	
			Second œuvre	Gros oeuvre
Procédure de gré à gré	jusqu'à 100'000	jusqu'à 150'000	jusqu'à 150'000	jusqu'à 300'000
Procédure sur invitation	jusqu'à 250'000	jusqu'à 250'000	jusqu'à 250'000	jusqu'à 500'000
Procédure ouverte / sélective	dès 250'000	dès 250'000	dès 250'000	dès 500'000

37

La « rectification » des offres

Art. 39 nLMP Rectification des offres

[1]En vue de déterminer l'offre la plus avantageuse, l'adjudicateur peut, en collaboration avec les soumissionnaires, rectifier les offres en ce qui concerne les prestations et les modalités de leur exécution.

[2]Une rectification n'est effectuée que: […]

b. si des modifications des prestations sont objectivement et matériellement nécessaires; dans ce cas, l'objet du marché, les critères et les spécifications ne peuvent cependant être adaptés de manière telle que la prestation caractéristique ou le cercle des soumissionnaires potentiels s'en trouvent modifiés.

[3]Une adaptation des prix ne peut être demandée que dans le cadre d'une rectification effectuée pour l'une des raisons mentionnées à l'al. 2.

38

La « rectification » des offres

L'art. 39 nLMP/nAIMP constitue le fruit d'un compromis entre:

- les souhaits de la Confédération qui entendait maintenir les possibilités de négociation, autorisées par le droit en vigueur jusqu'ici,

- et ceux des cantons qui voulaient exclure toute négociation sur les prix (ou *Abgebotsrunden*).

Cela explique la formulation sibylline de ce texte, qui pourrait soulever des difficultés d'application.

39

Sommaire

I. Les sources
II. Champ d'application
III. Les procédures
IV. La protection juridique
V. Divers (si le temps le permet…)

40

IV La protection juridique

Cet aspect est caractérisé par l'absence d'harmonisation entre droit fédéral et droit intercantonal:

- alors que le **droit intercantonal** est marqué par le *statu quo* (avec ouverture de la voie de recours pour de nombreux marchés internes),

- le **droit fédéral** ne fait qu'entrouvrir cette voie pour les marchés non soumis aux traités internationaux.

- les voies de recours au Tribunal fédéral ne sont pas modifiées.

41

Art. 52 al. 1 et 2 nLMP Recours

[1]Les décisions des adjudicateurs peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral lorsqu'elles concernent:

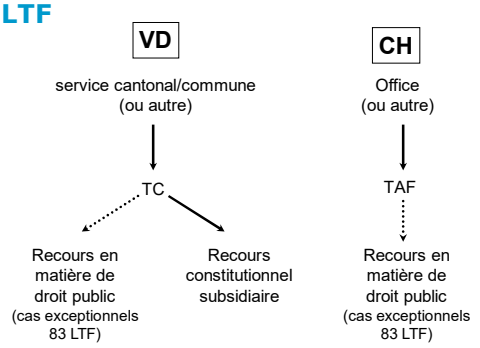
a. un marché portant sur des fournitures ou des services dont la valeur atteint la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation;

b. un marché portant sur des travaux de construction dont la valeur atteint la valeur seuil déterminante pour les procédures ouvertes ou sélectives.

[2]Les recours contre des décisions relatives à des **marchés non soumis aux accords internationaux** *peuvent tendre uniquement à faire constater* que lesdites décisions violent le droit fédéral; cela ne vaut pas pour les recours contre les décisions visées à l'art. 53, al. 1, let. i. Les soumissionnaires étrangers ne peuvent faire recours que si l'État dans lequel ils ont leur siège accorde la réciprocité.

42

LTF



43

Sommaire

I. Les sources
II. Champ d'application
III. Les procédures
IV. La protection juridique
V. Divers (si le temps le permet…)

44

V. Divers

A. La conclusion du contrat
B. La responsabilité de l'État à raison d'une adjudication illicite

45

A. La conclusion du contrat

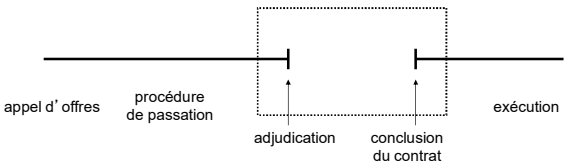
Il n'y a pas d'harmonisation sur ce thème, même si l'art. 42 nLMP/nAIMP confirme expressément le principe de **l'interdiction de contracter** prévalant en droit des marchés publics aussi longtemps que le délai de recours contre l'adjudication n'est pas échu ou lorsque l'effet suspensif d'un recours a été prononcé.

La portée de cette interdiction

- ne vaut en droit fédéral que pour les contrats soumis aux traités internationaux;
- est applicable également en droit cantonal aux marchés internes.

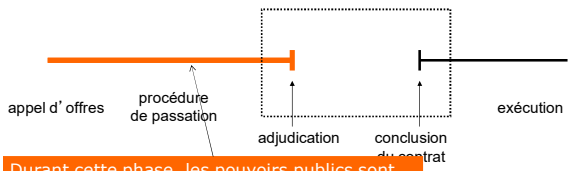
46

L'adjudication et le contrat



47

L'adjudication et le contrat



Durant cette phase, les pouvoirs publics sont sous le coup d'une interdiction de contracter, levée par l'adjudication.

48

B. La responsabilité de l'État à raison d'une adjudication illicite

Pro memoria

Peu de modifications: art. 58 al. 4 nLMP; voir cependant art. 58 al. 3 qui introduit une nouveauté procédurale.

49

QUESTIONS/REMARQUES

Merci de votre attention!

50

Pour aller plus loin:

Divers auteurs: **Révision du droit des marchés publics 2019**, *DC 1/2020*

Zufferey/Beyeler/Scherler, **Marchés publics 2020**, Zurich 2020.

Trüeb Hans Rudolf, **Handkommentar zum schweizerischen Beschaffungsrecht,** à paraître en octobre 2020

51