

Quand l'adjudicateur a-t-il le droit de recourir à la circonstance exceptionnelle du prototype pour acquérir un marché de gré à gré ?

Pour le Tribunal administratif du canton de Berne, l'adjudicateur s'est fondé à tort sur la circonstance exceptionnelle du prototype pour acquérir de gré à gré une balayeuse électrique. Il n'avait pas l'intention d'acquérir des connaissances, mais un produit immédiatement opérationnel, qu'il était en mesure de décrire.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern entschied, dass sich die Vergabestelle bei einer freihändigen Beschaffung einer Elektro-Strassenreinigungsmaschine fälschlicherweise auf den Ausnahmetatbestand der Beschaffung eines Prototyps stützte. Die Vergabestelle hatte nicht die Absicht, Erfahrungen zu sammeln, sondern wollte ein sofort einsatzbereites Produkt beschaffen, das sie genau hätte beschreiben können.

Arrêt du Tribunal administratif du canton de Berne du 22 avril 2021 (Nr. 100.2020.399U)¹

Manuel Jaquier, docteur en droit, Yverdon-les-Bains

I. Les faits

(1) Le 10 mars 2020, la Commune d'Y. a publié sur la plateforme simap une adjudication de gré à gré pour le projet «acquisition d'une balayeuse électrique de 6 m³». Par cette décision, elle chargeait B. SA de réaliser un prototype qui réponde à ses besoins dans le cadre d'un marché de développement original («Neuentwicklungsauftrag»). La valeur du marché s'élevait à CHF 969 262.50.

La décision d'ouvrir une procédure de gré à gré n'a pas fait l'objet d'une publication.

Le 19 mars 2020, la recourante A. SA a recouru contre cette décision d'adjudication auprès de la préfecture d'Y. Le 22 octobre 2020, le préfet a rejeté le recours, dans la mesure où il était recevable.

Le 30 octobre 2020, A. SA a recouru contre l'arrêt du préfet auprès du Tribunal administratif du canton de Berne. Elle concluait notamment à l'annulation de la décision du préfet. À titre préalable, elle requérait l'octroi de l'effet suspensif et à titre de mesures provisionnelles, qu'il soit fait interdiction à l'adjudicateur de conclure le contrat avec l'adjudicataire.

Le 2 novembre 2020, le président de la cour a interdit à l'entité adjudicatrice de conclure le contrat avec B. SA.

II. L'arrêt

A La qualité pour recourir

1. Le statut de «soumissionnaire potentielle» nié eu égard au produit proposé

Pour avoir la qualité pour recourir, la recourante doit être une soumissionnaire potentielle du marché de gré à gré contesté. Tel est le cas si elle démontre qu'elle offre un produit qui remplit les exigences fonctionnelles du marché de gré à gré. En l'espèce, l'adjudicateur et la recourante s'accordent sur le fait que la balayeuse électrique doit avoir deux spécificités fonctionnelles essentielles: une capacité d'utilisation sur un jour entier et des batteries rechargeables rapidement.

Devant la cour de céans, la recourante se limite pour l'essentiel à exposer qu'elle est le leader mondial en matière de véhicule de nettoyage des rues. En outre, elle fait valoir qu'elle a exposé «en détail» l'équivalence fonctionnelle et renvoie à cet égard aux explications qu'elle a fournies devant le premier juge. Pour la capacité de la batterie, elle expose que son véhicule répondrait aux critères, voire les dépasserait. La durée de fonctionnement «avec ventilateur» de son produit s'élèverait à huit heures, respectivement à quatre heures (à vitesse maximale). Il disposerait d'une autonomie de 150 km ou 120 km (en cas de nettoyage simultané). Ses véhicules subiraient des tests pratiques extrêmement exigeants. La balayeuse proposée pourrait «facilement effectuer une journée de travail complète sans charge intermédiaire».

La recourante ne donne pas d'indices concrets à l'appui de cette dernière allégation. Ainsi, pour étayer la prétendue capacité d'utilisation du véhicule sur une journée entière, elle ne fournit pas de documents qui attesteraient du test pratique. Il en va de même pour la capacité de charge rapide de la batterie. Elle se contente d'indiquer de manière générale que son produit remplirait les exigences et que la batterie pourrait être chargée rapidement. Sous l'angle de l'équivalence fonctionnelle, elle n'a pas démontré à suffisance que la balayeuse «VE652», respectivement «V65e» couvrirait le

¹ Nous avons pris la liberté d'utiliser le vocable «circonstances exceptionnelle du prototype» pour désigner la cause de gré à gré fondée sur l'art. XV par. 1 lit. e AMP 1994, respectivement sur l'art. 7 al. 3 lit. h OCMP. Dans un souci de simplification, nous utilisons le terme de «balayeuse électrique» pour traduire le mot «Elektro-Strassenreinigungsmaschine».

besoin de l'autorité adjudicatrice. Eu égard au produit qu'elle propose, il ne s'agit donc pas d'une soumissionnaire potentielle du marché demandé et il faut lui nier la qualité pour recourir (cons. 3.3).

2. Le statut de « soumissionnaire potentielle » du marché de développement original admis

Selon la recourante, l'autorité précédente de recours n'aurait pas dû examiner sa qualité de « soumissionnaire potentielle » à la seule lumière du produit existant qu'elle proposait. En procédant de la sorte, l'autorité n'a pas tenu compte du fait que la recourante était « non seulement capable, mais aussi désireuse » de « fournir une prestation de développement original » ou de « développer une balayeuse sur mesure, susceptible de satisfaire les besoins de l'autorité adjudicatrice » (cons. 3.4.1).

Il est vrai que l'autorité précédente s'est fondée uniquement sur la balayeuse « VE652 », respectivement « V65e » offerte par la recourante, pour apprécier si cette dernière était une soumissionnaire potentielle et par voie de conséquence avait la qualité pour recourir. La recourante avait pourtant indiqué à plusieurs reprises dans ses écritures qu'elle était prête à développer un produit qui réponde en détail aux exigences contenues dans le cahier des charges – l'entité adjudicatrice l'a produit dans la procédure de recours devant le préfet de Y. –, dans l'hypothèse où son véhicule ne serait pas considéré comme équivalent d'un point de vue fonctionnel. Dans ces circonstances, l'autorité de recours précédente – après avoir nié l'équivalence fonctionnelle du produit existant offert par la recourante – aurait dû examiner plus avant si A. SA entrait en ligne de compte en tant que soumissionnaire potentielle du « marché de développement original » publié par la Commune d'Y. En n'examinant pas les arguments de la recourante sur ce point dans la décision attaquée, le préfet d'Y a donc violé son droit d'être entendu de l'art. 29 al. 2 Cst. (cons. 3.4.3).

À ce jour, aucun tribunal n'a fixé les critères à utiliser pour déterminer le cercle des soumissionnaires potentiels d'un marché public portant sur un bien nouveau. Compte tenu de la complexité de ce type d'acquisition, les exigences en matière de preuve doivent être raisonnables. En particulier, on ne peut pas attendre de la recourante qu'elle expose dans le détail comment elle développera le produit en question avec succès. Il ressort des écritures de A. SA qu'elle a déjà développé une grande balayeuse, entièrement électrique, en collaboration avec une société tierce. Même si la capacité de la batterie ainsi que les puissances de charge et du moteur ne correspondent pas (nominalement) à celles du véhicule à développer, la recourante dispose donc d'une expérience appropriée dans le domaine en question et il faut en tenir compte. Certes, A. SA n'a pas encore exposé en détail comment elle entendait exécuter le marché. Elle n'a pas non plus indiqué concrètement la société partenaire qui s'associerait à elle pour élaborer la batterie. Toutefois, eu égard à l'abaissement des exigences relatives à la motivation en ce qui concerne la qualité pour recourir en matière de gré à gré, cela ne doit pas lui porter préjudice. Au vu de ces éléments, A. SA

est une soumissionnaire potentielle du marché de développement original litigieux, ce qui lui donne la qualité pour recourir (cons. 3.4.5).

B Un marché mixte assujéti au champ d'application de l'AMP 1994

En l'espèce, l'AMP 1994 s'applique – et non l'AMP 2012 – au motif qu'il était en vigueur au moment de l'adjudication litigieuse. Ce traité assujéti à la concurrence internationale toutes les fournitures. En revanche, il ne couvre que certains marchés de services, soit ceux qui figurent dans une « liste positive » (appendice I, annexe 4 AMP 1994) (cons. 4.3).

Cette liste ne mentionne pas les services de recherche et de développement au sens strict, de sorte qu'ils ne tombent pas dans le champ d'application de l'AMP 1994. Mais, l'acquisition d'un prototype ou d'un bien nouveau constitue toujours un marché mixte, qui comprend des éléments d'une fourniture (du produit final) et des éléments de services de recherche et développement. Pour qualifier un marché mixte, il faut se référer à sa partie prépondérante (en règle générale financière). Quand les fournitures constituent la partie prépondérante du contrat, alors le marché tombe dans le champ d'application objectif de l'AMP 1994. En l'espèce, l'adjudicataire estime à environ CHF 310 000 la part des coûts à supporter pour le développement de « l'électronique, de la batterie et de la technologie de chargement 88 kW, etc. », sur un montant total de CHF 969 262.50. La valeur de la fourniture représente clairement la partie prépondérante du volume total du marché mixte. Par conséquent, il s'agit d'un marché de fournitures couvert par l'AMP 1994 et assujéti à la concurrence internationale (cons. 4.4).

C La circonstance exceptionnelle du prototype, du produit et du service nouveau

1. Les conditions légales

L'art. XV par. 1 AMP 1994 énonce exhaustivement à quelles conditions un adjudicateur peut recourir au gré à gré exceptionnel (ou à l'appel d'offres limité). L'art. XV par. 1 lit. e AMP 1994 dispose ce qui suit : « Lorsqu'une entité passera un marché pour se procurer des prototypes ou un produit ou service nouveau mis au point à sa demande au cours de l'exécution d'un contrat particulier de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement original, et pour les besoins de ce contrat. Une fois que de tels contrats auront été exécutés, les marchés ultérieurs de produits ou de services seront assujétis aux dispositions des art. VII à XIV »². Le

² En note de bas de page de l'art. XV par. 1 lit. e AMP 1994, le législateur international précise ce qui suit : « Le développement original d'un produit ou service nouveau peut englober une production ou une fourniture limitée ayant pour but d'incorporer les résultats d'essais sur le terrain et de démontrer que le produit ou service se prête à une production ou à une fourniture en quantités conformément à des normes de qualité accep-

droit cantonal bernois énonce cette circonstance exceptionnelle à l'art. 7 al. 3 lit. h OCMP, dans une formulation qui s'écarte du libellé de l'AMP 1994³. Il convient de se référer au texte légal du traité international (cons. 4.5).

2. La nécessité de vouloir acquérir des connaissances et non un produit immédiatement opérationnel

Les Tribunaux suisses n'ont pas encore eu à se pencher sur cette circonstance exceptionnelle. Par contre, elle a fait l'objet d'une procédure de règlement des différends du GATT entre la Norvège et les États-Unis. À cette occasion, le Panel du GATT (groupe d'experts) s'est exprimé sur son champ d'application de manière approfondie⁴. Les enseignements de cette jurisprudence valent pour l'art. XV par. 1 lit. e AMP 1994, alors même que le Panel l'a rendue sous l'ère de l'Accord du 12 avril 1979 relatifs aux marchés publics (cons. 4.7)⁵.

L'admissibilité d'une adjudication de gré à gré fondée sur la circonstance exceptionnelle des prototypes, des biens et des services nouveaux dépend essentiellement de l'objet du marché en question. Un prototype (ou un produit ou service nouveau) est mis au point à l'occasion d'un «contrat de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement original» seulement, si l'entité adjudicatrice a pour véritable objectif d'acquérir les résultats de la recherche ou du développement, c'est-à-dire des connaissances («knowledge»). En revanche, la circonstance exceptionnelle ne s'applique pas lorsque l'entité adjudicatrice souhaite acquérir en premier lieu une prestation opérationnelle, respectivement un bien de production. À cet égard, avoir comme objectif secondaire de se procurer des connaissances ne suffit pas. De plus, un prototype, un premier produit ou service doit être une innovation. Le produit ou le service recherché ne remplit jamais cette caractéristique s'il existe déjà sur le marché.

La notion de prototype au sens auquel l'entend l'art. XV par. 1 lit. e AMP 1994 vise un produit qui a pour objectif de permettre de tester et de parfaire les connaissances, respectivement le développement pratique acquis avec les résultats du contrat de recherche et développement (selon le Manuel de Frascati 2015, Lignes directrices pour le recueil et la communication des données sur la recherche et le développement expérimental de l'OCDE, p. 65 un prototype appartient à un contrat de recherche et de développement, tant que l'objectif premier est d'apporter des améliorations).

tables. Il ne comprend pas la production ou la fourniture en quantités visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à amortir les frais de recherche et développement.»

³ L'art. 7 al. 3 lit. h OCMP a la teneur suivante : «L'adjudicateur ou l'adjudicatrice achète un bien nouveau (prototype) ou un service d'un nouveau genre qui a été produit ou mis au point à sa demande dans le cadre d'un marché de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement original.»

⁴ Cf. COMITÉ DES MARCHÉS PUBLICS, Norway – Procurement of toll collection equipment of the city of Trondheim, Report of the Panel du 13 mai 1992 adopted by the Committee on Government Procurement (GPR.DS2/R).

⁵ RS 0.632.231.421 (ci-après : ancien Code GATT).

La note de bas de page de l'art. XV par. 1 lit. e AMP 1994 illustre cette condition ; elle indique que la commande d'un contrat de développement original peut englober une production ou une fourniture limitée ayant pour but d'incorporer les résultats d'essais sur le terrain et de démontrer que le prototype ou le produit nouveau se prête à une production en quantités. Dès que l'adjudicateur a terminé cette phase de test et qu'il a établi que le produit nouvellement développé est suffisamment abouti pour être produit en série, l'art. XV par. 1 lit. e AMP 1994 lui impose d'adjuger «tous les marchés ultérieurs de produits ou de services» selon les règles ordinaires de passation. Par conséquent, ces marchés exigent de faire l'objet d'un appel d'offres selon la procédure ouverte ou sélective afin de garantir la concurrence. L'adjudicateur doit alors s'assurer qu'il détient les droits de propriété intellectuelle sur les résultats de la recherche, afin qu'ils ne fassent pas obstacle à la mise en concurrence de ces marchés ultérieurs (cons. 4.8).

3. Le non-respect des conditions du gré à gré exceptionnel

En principe, il revient à celui qui invoque la circonstance exceptionnelle d'apporter la preuve qu'il en remplit les conditions. Dans ses déterminations, l'entité adjudicatrice ne procède à aucun examen approfondi des principes qui régissent ce cas de gré à gré. Elle fait reposer son choix d'y recourir sur le seul fait que la balayeuse recherchée n'existerait pas dans le commerce et qu'il s'agirait pour cette raison d'un marché de développement original au sens de l'art. 7 al. 3 lit. h OCMP. Contrairement à ce que prétend la Commune d'Y., cela ne suffit pas pour conclure au bien-fondé de l'adjudication de gré à gré. L'entité adjudicatrice aurait dû exposer en quoi le marché litigieux relèverait de l'esprit et de la finalité de la circonstance exceptionnelle du prototype et en quoi il en remplirait les conditions d'application. Les explications de la Commune d'Y. tendent au contraire à montrer que le marché litigieux ne tombe pas dans le champ d'application de la circonstance exceptionnelle. En effet, l'entité adjudicatrice affirme par exemple qu'elle a un besoin «de plus en plus urgent» de la nouvelle balayeuse. Elle expose aussi qu'elle l'achèterait «prête à l'emploi» («von der Stange kaufen») si elle était déjà disponible dans le commerce. Cela révèle que la Commune d'Y. veut faire fabriquer la balayeuse pour une utilisation immédiate. Elle vise donc plus, ou autre chose que seulement à acquérir un produit nouveau (innovant), qu'elle pourra employer comme base – une fois le produit commercialisable – pour la production en quantités.

Dans le cahier des charges, qu'elle a produit devant l'autorité de recours précédente, la Commune d'Y. a réussi à définir de manière relativement détaillée les exigences auxquelles la nouvelle balayeuse devait répondre. Cette circonstance renforce l'impression qu'il s'agissait davantage pour l'entité adjudicatrice d'acquérir un produit fonctionnel répondant à des exigences qu'elle avait elle-même formulées que de s'approprier les résultats de la recherche et de poursuivre leur développement. Le fait que sa demande puisse tout au plus être de nature à déclencher une étape d'innova-

tion n’y change rien. Quoi qu’il en soit, la Commune d’Y. n’a pas démontré qu’elle respectait les conditions de la circonstance exceptionnelle de l’art. XV par. 1 lit. e AMP 1994, respectivement de l’art. 7 al. 3 lit. h OCMP, alors qu’il lui revenait d’en apporter la preuve. Par conséquent, l’adjudication de gré à gré est contraire au droit et la décision entreprise doit être annulée (cons. 4.9).

III. Le commentaire

Cet arrêt appelle les observations suivantes :

1. Pour la première fois en Suisse, un tribunal examine le bien-fondé d’une adjudication de gré à gré fondée sur la circonstance exceptionnelle du prototype de l’art. XV par. 1 lit. e AMP 1994 (cf. aussi art. XIII par. 1 lit. f AMP 2012). En ce sens, cette jurisprudence apporte une pierre essentielle à l’édifice du gré à gré exceptionnel, puisqu’elle en précise encore un peu plus les conditions d’application. À cet égard, il faut rendre un hommage appuyé à la vaillante recourante qui est allée au bout du combat juridique. À raison, elle n’a pas accepté que l’autorité de recours précédente n’examine pas son statut de « soumissionnaire potentielle du marché de développement original » alors même que l’adjudicateur se fondait justement sur la circonstance exceptionnelle du prototype pour soustraire le marché litigieux à la concurrence.

2. Pour examiner la qualité pour recourir de la recourante, le Tribunal cantonal bernois se réfère notamment à la notion de « soumissionnaire potentielle » telle que le Tribunal fédéral la développe dans l’arrêt ATF 137 II 313, en relation avec la circonstance exceptionnelle des raisons techniques, des raisons artistiques et des droits exclusifs (cf. art. XV par. 1 lit. b AMP 1994 ou art. XIII par. 1 lit. b AMP 2012). En substance, selon la Haute Cour, pour avoir la qualité pour recourir, le recourant doit démontrer qu’il est en mesure de fournir la prestation demandée (décrite conformément au droit) ou une prestation équivalente. Non sans s’interroger sur la question (cf. cons. 2.4), les juges bernois décident d’appliquer cette solution jurisprudentielle à la circonstance exceptionnelle du prototype. Ils justifient ce procédé au motif (notamment) que le législateur fédéral a profité de la récente révision totale du droit fédéral des marchés publics pour codifier cette jurisprudence et l’étendre à l’ensemble des recours en matière de gré à gré. En effet, l’art. 56 al. 4 LMP énonce désormais que : « Seules les personnes qui prouvent qu’elles peuvent et veulent fournir les prestations demandées ou des prestations équivalentes peuvent faire recours contre les adjudications de gré à gré. » En cas de recours contre une adjudication de gré à gré, le praticien sera attentif à exposer par le menu (à tout le moins rendre vraisemblable) qu’il peut fournir la prestation demandée ou une prestation équivalente, sans quoi il prendra le risque de se voir nier la qualité pour recourir.

3. Le Tribunal cantonal relève que l’acquisition d’un prototype ou d’un bien nouveau constitue toujours un marché

mixte, qui comprend des éléments d’une fourniture – assujettis au traité international – et des éléments de services de recherche et développement – pas assujettis à l’AMP 1994, car ne figurant pas dans son Annexe 4⁶. Ce marché mixte tombe dans le champ d’application de l’AMP 1994, lorsque la fourniture constitue la partie prépondérante (économiquement). Suivant ce raisonnement, l’adjudicateur n’a pas besoin de recourir à la circonstance exceptionnelle du prototype lorsque les services de recherche et développement constituent la partie prépondérante du marché et le prototype, le bien ou le service nouveau, la partie accessoire du marché mixte. Cette affirmation appelle des précisions, notamment en ce qui concerne les marchés cantonaux et communaux⁷. En effet, pour ces marchés, la LMI (art. 5) assujettit à la concurrence l’ensemble des services et donc aussi les services de recherche et de développement. Suivant la position d’E. CLERC, à laquelle il faut se rallier, de tels services tombent dans le champ d’application du droit des marchés publics qu’à de strictes conditions : l’adjudicateur finance la totalité de la recherche et du développement et les fruits lui appartiennent exclusivement. L’auteur tire ces conditions du droit européen⁸. En l’espèce, ces conditions n’étaient pas remplies et les services de recherche et de développement constituaient de toute façon la partie accessoire du marché mixte, de sorte que le fait d’avoir « sauter cette étape » est sans influence sur la solution juridique.

4. En se fondant notamment sur la jurisprudence du Panel du GATT⁹, mais aussi sur l’une des rares jurisprudences de l’Union européenne qui examine la circonstance exceptionnelle du prototype¹⁰, les juges bernois confirment les éléments suivants :

a. Un prototype (ou un produit ou service nouveau) est mis au point à l’occasion d’un « contrat de recherche, d’expérimentation, d’étude ou de développement original » au sens de l’art. XV par. 1 lit. e AMP 1994, seulement, si l’entité adjudicatrice a pour véritable objectif d’acquérir les résultats

⁶ Sur cette question, cf. R. WOLF, *Freihändige Beschaffung – Handlungsfreiheiten und ihre Grenzen*, in Zufferey/Stöckli (éds), *Marchés publics 2010*, N 31; M. JAQUIER, *Le « gré à gré exceptionnel » dans les marchés publics*, *Etude de droit suisse et européen*, thèse, Genève/Zurich/Bâle 2018, N 287 s.

⁷ Pour une présentation des différentes hypothèses d’assujettissement des services de recherche et développement au droit fédéral ou cantonal, cf. M. JAQUIER (n. 6), N 296 ss.

⁸ E. CLERC, *Innovation et marchés publics : Propriété intellectuelle, prototype, concours d’idées, dialogue technique et financement privé*, in Michel/Zäch (éds), *Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz*, 1998, p. 85. Dans l’arrêt ATF 141 II 113, le Tribunal fédéral a confirmé que le droit de l’Union européenne constitue une source d’inspiration (cf. cons. 5.3.2).

⁹ Cf. COMITÉ DES MARCHÉS PUBLICS (n. 4); selon E. CLERC (n. 8), p. 88, à laquelle les juges bernois se réfèrent, les enseignements que contient la jurisprudence du Panel valent pour l’AMP 1994 au motif notamment que le texte de l’art. XV par. 1 lit. e AMP 1994 est le même que celui qui figure à l’art. V par. 15 lit. e ancien Code GATT. Pour les mêmes raisons, nous sommes de l’avis que ces enseignements valent aussi pour l’art. XIII par. 1 lit. f AMP 2012 (cf. M. JAQUIER [n. 6], N 311).

¹⁰ Arrêt Trib. UE du 15.1.2013, Espagne c/ Commission européenne, affaire T-54/11.

de la recherche ou du développement, c'est-à-dire des connaissances.

b. Pour invoquer la circonstance exceptionnelle du prototype, l'adjudicateur doit vouloir acquérir une connaissance; si tel n'est pas le cas et qu'il souhaite obtenir une prestation opérationnelle, il n'a pas le droit d'y recourir¹¹.

¹¹ Cf. COMITÉ DES MARCHÉS PUBLICS (n. 4), cons. 4.8 s.; cf. aussi E. CLERC (n. 8), p. 89; M. JAQUIER (n. 6), N 307 ss et 313; CH. MEYER, *Freihändige Vergabe als Ausnahme von der Ausschreibungspflicht im öffentlichen Beschaffungsrecht*, PJA 2005, p. 724.

c. Si, l'adjudicateur est en mesure de décrire la prestation recherchée, il ne remplit en principe pas la condition d'un produit ou d'un service acquis pour les besoins d'un contrat particulier de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement original de l'art. XV par. 1 lit. e AMP 1994. Cette circonstance tend à montrer que le produit ou le service demandé existe déjà sur le marché¹².

¹² Cette exigence ressort particulièrement bien de la jurisprudence Trib. UE du 15.1.2013, Espagne c/ Commission européenne, affaire T-54/11, N 41 ss; pour une présentation de cette condition, cf. M. JAQUIER (n. 6), N 310.

Die Aufgabenübertragungskonzession

Das BVGer bestätigt, dass bereits das aBöB Dienstleistungskonzessionen sowie Übertragungen von öffentlichen Aufgaben erfasste. Das führt unter dem neuen Art. 9 BöB zur Frage, ob alle Geschäfte, die dieser Bestimmung unterliegen, vom Staatsvertragsbereich ausgenommen sind.

Le TAF confirme que déjà l'ancienne LMP s'appliquait aux concessions de services et aux délégations de tâches publiques. De ce fait, la question se pose de savoir si toutes les affaires que l'art. 9 LMP appréhende désormais sont exclues du champ d'application de l'accord international.

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. August 2021 (B-2457/2020)

Martin Beyeler, Dr. iur., Professor an der Universität Freiburg

Der Fall

(2) 1. Die Vergabestelle suchte in casu nach drei Leistungserbringerinnen, welche nach Erledigung gewisser durch die Vergabestelle direkt vergüteter Vorbereitungsarbeiten Mitglieder eines Beraterpools werden sollten, auf den alle Unternehmen zugreifen können, welche mit dem Bund oder mit Kantonen Zielvereinbarungen (gemäss EnG und CO₂-Gesetz) betreffend Senkung von CO₂-Emissionen abgeschlossen haben und Beratung im Hinblick auf die Umsetzung der Vereinbarung benötigen.

2. Die Vergabestelle sah vor, dass den beratungsbedürftigen Unternehmen ausschliesslich der durch die Vergabestelle zusammengestellte Beraterpool zur Verfügung stehen würde, dass die Unternehmen aber innerhalb dieses Pools die freie Wahl hätten. Insoweit gewährte die Auftraggeberin keinem der Mitglieder des Beraterpools eine Garantie für irgendeine Mindestmenge an zu erbringenden Beratungsleistungen. Die beratenen Unternehmen sollten den Beratungsunternehmen für die empfangenen Leistungen eine Vergütung gemäss einem zwischen der Vergabestelle und den Beratungsunternehmen vereinbarten Tarif bezahlen (bei Erreichung der vereinbarten Reduktionsziele würde ihnen anschliessend ein

Anspruch auf Rückerstattung von öffentlich-rechtlichen Abgaben erwachsen). Demnach gab es für die Beratungsunternehmen auch keine Garantie der Auftraggeberin dafür, dass erbrachte Leistungen tatsächlich vergütet würden, vielmehr trugen die Beratungsunternehmen in diesem Sinn auch das Inkassorisiko.

3. Eine potentielle Anbieterin focht die am 21.4.2020 publizierte Ausschreibung des Geschäfts betreffend Vorarbeiten und Beratungsleistungen mit Vergabebeschwerde an. Dem BVGer stellte sich damit insbesondere die Frage, ob ein dem aBöB (vgl. Art. 62 BöB a contrario) unterstellter öffentlicher Auftrag vorlag.

Der Entscheid

1. Das aBöB enthielt «keine Legaldefinition der öffentlichen Beschaffung».

a. «Das Bundesgericht hat in Bezug auf den Anwendungsbereich der [IVöB 2001] festgehalten, es sei nach Lehre und Rechtsprechung für öffentliche Beschaffungen kennzeichnend, dass der Staat als Nachfrager Waren und Dienstleistungen gegen eine Gegenleistung bestellt, um seine Aufgaben wahrzunehmen [...]. Die öffentliche Hand ist Nachfragerin der (vertragstypischen) Leistung (im Unterschied etwa zur Sondernutzungskonzession [...]).»