



Marchés publics 2024 – 19 juin 2024

La jurisprudence en marchés publics entre 2022 et 2024

Domenico Di Cicco/Vincent Perritaz

Aperçu

2

- Vincent Perritaz
 - Fardeau de la preuve dans l'adjudication de gré à gré exceptionnel (TF 2C_50/2022).
 - Demande de clarification et modification de l'offre (TAF B-2686).
 - Lettres de parcage et shortlists (TAF B-1 456/2022).
 - Panorama d'arrêts utiles.
- Domenico Di Cicco
 - Pondération minimale du prix dans les marchés « très simples » (TF 2C_802/2021).
 - Validité des critères de la fiabilité du prix et de la prise en compte des différents niveaux de prix en droit cantonal (CCST-JU du 14.12.2023).
 - Attribution d'une concession sans appel d'offres (ATF 1 48 II 564).
 - Panorama d'arrêts utiles.



TF 2C_50/2022

3

■ Faits de l'arrêt

- Décembre 2010
 - Procédure de gré à gré / Premier contrat avec A. portant sur une application informatique
- Avril 2021
 - Nouvelle procédure de gré à gré / Nouveau contrat avec A. portant sur l'acquisition de la nouvelle application informatique
- Recours de B. au Tribunal cantonal contre cette décision d'adjudication de gré à gré (recours admis)
- Recours de A. au Tribunal fédéral (recours rejeté)



TF 2C_50/2022

4

- **En droit**

- A qui appartient le fardeau de la preuve de l'absence de solution de rechange adéquate ?
 - Rappel de l'ancienne jurisprudence *Microsoft*
 - Le requérant devait démontrer l'existence de solutions de rechange adéquates
 - Critiques de la doctrine / jugements divergents
 - Question juridique de principe admise par le TF



- **Revirement de jurisprudence – les raisons**
 - 1 Adjudicateur seul à pouvoir déterminer si des solutions de remplacement existent
 - 2 Procédure de gré à gré doit rester l'exception
 - 3 Solution conforme au droit européen
- **Obligation de l'adjudicateur**
 - L'adjudicateur doit procéder à des « recherches actives » (≠ procédure d'appel d'offres ordinaire)



TF 2C_50/2022

6

- **Solution**

- En l'espèce, l'adjudicateur n'a pas (suffisamment) démontré qu'il n'existait pas de solution de rechange

- **Commentaire**

- Solution approuvée
- Rappel: obligation du recourant d'établir qu'il est un fournisseur potentiel de la prestation (qualité pour recourir)



TAF B-2686/2022

7

■ **Faits de l'arrêt**

- Publication d'un appel d'offres par l'OFROU (route de contournement du Locle)
- Trois soumissionnaires déposent des offres, dont le consortium Y.
- Séances de clarification des offres
 - 15 demandes clarification pour écarter les réserves émises par le consortium dans son offre
- Adjudication du marché au consortium
- Recours du soumissionnaire X. au TAF



TAF B-2686/2022

8

■ **En droit**

- Les demandes de clarification sont-elles admissibles ou conduisent-elles à une modification inadmissible du contenu matériel de l'offre ?
 - Rappel des principes en matière d'offre anormalement basse et d'offre incomplète
 - En présence d'un motif d'exclusion, l'adjudicateur dispose d'une marge d'appréciation
 - Rappel de la portée de l'art. 38 al. 2 LMP
 - L'épuration des offres ne doit pas conduire à modifier le contenu de celles-ci (cf. le principe de l'intangibilité des offres)



TAF B-2686/2022

9

- **En l'espèce**
 - L'adjudicateur a émis des réserves qui n'étaient pas prévues par le dossier d'appel d'offres
 - Offre incomplète et contraire aux règles sur la formation des prix
 - Il a accepté de renoncer à ces réserves, sans modifier le prix offert
 - Il a enfin accepté de prendre à sa charge des prestations gratuitement, sans modifier le prix offert



TAF B-2686/2022

10

■ **Solution**

- Demandes de clarification qui ont mené à une modification interdite du contenu matériel de l'offre...
- et qui ont porté sur des prestations importantes pouvant influencer de manière importante le prix de l'offre.
- Exclusion de l'offre en application de l'art. 44 LMP

■ **Commentaire**

- Délimitation entre correction/clarification (admissibles) et modification (inadmissible) de l'offre
- Définition du contenu matériel de l'offre ?



TAF B-1456/2022

11

- **Faits de l'arrêt**

- Publication d'un appel d'offres par les CFF
- Procédure composée de plusieurs étapes
- A l'issue de l'étape 7 (évaluation des offres), l'adjudicateur envoie une lettre à l'un des soumissionnaires pour l'informer que son offre n'entre plus en ligne de compte car elle n'a plus de chance de remporter le marché. En conséquence, le soumissionnaire n'est pas invité à la réunion de clarification technique et financière (étape 8)
- Recours du soumissionnaire contre cette lettre au TAF



TAF B-1456/2022

12

- **En droit**

- Cette lettre peut-elle faire l'objet d'un recours séparé ?
 - Seules les décisions mentionnées à l'art. 53 al. 1 LMP peuvent faire l'objet d'un recours indépendant
 - Liste exhaustive
 - Les autres décisions ne peuvent être contestées que dans le cadre d'un recours contre l'une des décisions mentionnées à l'art. 53 al. 1 LMP



TAF B-1456/2022

13

- Cette lettre constitue-t-elle une décision d'exclusion de la procédure (au sens de l'art. 44 LMP) ?
 - étant précisé que l'exclusion de la procédure fait partie des décisions mentionnées à l'art. 53 al. 1 LMP contre lesquelles un recours (indépendant) est possible
 - Art. 44 LMP
 - Exclusion notamment lorsque les conditions de participation ne sont pas remplies ou lorsque l'offre est affectée d'un vice de forme
 - En l'espèce, ces conditions ne sont pas remplies
 - Conséquence: pas de recours (indépendant) contre la décision contenue dans la lettre



TAF B-1456/2022

14

■ Solution

- Le TAF qualifie la lettre de « lettre de parcage »
- Recours uniquement ouvert contre la décision d'adjudication
- La pratique de la lettre de parcage est-elle toujours admissible au regard du nouvel art. 40 al. 2 LMP ? (question laissée ouverte par le TAF)

Art. 40 Évaluation des offres

² Lorsque l'examen et l'évaluation approfondis des offres exigent des moyens considérables et à condition de l'avoir annoncé dans l'appel d'offres, l'adjudicateur peut soumettre toutes les offres à un premier examen sur la base des documents remis et les classer. Il choisit ensuite si possible les trois offres les mieux classées et les soumet à un examen et à une évaluation détaillés.



TAF B-1456/2022

15

■ **Commentaire**

- Distinction entre deux pratiques différentes
 - **Lettre de parcage:** l'adjudicateur écarte une offre parce qu'il a la *certitude* que cette offre ne pourra plus remporter le marché, même si le processus d'examen et d'évaluation des offres n'est pas complètement terminé
 - **Shortlisting (art. 40 al. 2 LMP):** l'adjudicateur écarte une offre sur la base d'un « premier examen » (sommaire) des critères d'adjudication
- Dans les deux cas
 - Pas de recours indépendant contre la décision d'écarter l'offre / nécessité de recourir contre la décision d'adjudication



Les arrêts utiles

16

- 1 La défaillance de la protection juridique secondaire en procédure de gré à gré (TAF B-3580/2021)
- 2 Existence et étendue des frais d'établissement d'une offre « frustrés » - Mesure de la preuve (CO 42 II par analogie) (TAF B-3709/2021)
- 3 Les scénarios alternatifs et leur impact sur le déroulement de la procédure (TAF B-5257/2022)
- 4 La nature juridique de la prolongation de l'offre en cours de procédure d'adjudication (TI TRAM, résumé in BR/DC 4/2023, p. 212 s.)
- 5 Attribution partielle de l'effet suspensif (TAF B-4959/2021)



TF 2C_802/2021 du 24.11.2022

17

- **Faits de l'arrêt (I)**

- Ville de Zurich lance un appel d'offres en procédure ouverte pour un marché portant d'une part sur la fourniture de rouleaux d'essuie-mains en tissus et des distributeurs correspondants destinés à équiper des sanitaires et d'autre part sur l'entretien de ces distributeurs ainsi que sur le lavage et le transport aller-retour des rouleaux d'essuie-mains.
- L'appel d'offres prévoit les critères d'adjudication suivants :
 - Prix total : 50 %
 - Qualité des produits : 30 %
 - Exploitation/nettoyage/gérance : 20 %
- Le prix est noté selon une formule linéaire, avec une fourchette de prix fixée à 30%.



TF 2C_802/2021 du 24.11.2022

18

■ **Faits de l'arrêt (II)**

- Un soumissionnaire potentiel recourt contre l'appel d'offres et conclut à ce que le critère du prix ne soit pas pondéré à moins de 80 % (soit une pondération maximale de 20 % pour les critères de qualité).
- Le Tribunal cantonal zurichois rejette le recours, en retenant que l'adjudicateur n'avait pas dépassé son pouvoir d'appréciation (arrêt TA-ZH VB.2021.00272 du 26.8.2021, c. 3).
- Recours en matière de droit public au Tribunal fédéral.



TF 2C_802/2021 du 24.11.2022

19

■ Procédure (I)

- Question juridique de principe posée par le recourant (art. 83 let. f LTF) :
« *Le prix doit-il obligatoirement être pondéré à au moins 80 % pour les adjudications les plus simples ?* » (consid. 1.4).
- « *Muss bei einfachsten Vergaben der Preis zwingend mit wenigstens 80 % gewichtet werden ?* » (Erw. 1.4).



TF 2C_802/2021 du 24.11.2022

20

■ Procédure (II)

- Admission de la question juridique de principe
 - Rappel de jurisprudence : pondération minimale du prix à hauteur d'au moins 20 % dans les marchés complexes. La méthode de notation ne doit pas affaiblir cette pondération minimale.
 - « Inversement, on peut donc tout à fait se demander si, pour des prestations plus simples faisant l'objet d'un appel d'offres, une pondération minimale plus élevée du prix ne doit pas intervenir à l'autre extrémité de l'échelle. »
(consid. 1.6).



TF 2C_802/2021 du 24.11.2022

21

■ **En droit**

- Pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur pour le choix, la pondération et la notation des critères d'adjudication.
- Sanction uniquement en cas d'abus de ce pouvoir d'appréciation.
- Droit zurichois autorise l'adjudication au moins-disant (pondération à 100 % du prix).
- En l'espèce, vérifier si la pondération de 50 % est adaptée au degré de complexité de la prestation décrite dans l'appel d'offres.



TF 2C_802/2021 du 24.11.2022

22

■ **Solution (I)**

- TF constate que les prestations décrites dans le cahier des charges est peu complexe.
- Il ne faudra ainsi pas s'attendre à des différences de qualité importantes entre les offres déposées.
- Par conséquent, le critère du prix doit être déterminant. Il serait inapproprié qu'un soumissionnaire dont le prix est supérieur de 10 % puisse prévaloir sur une offre concurrente qui se situe dans la moyenne sur la notation des autres critères.



TF 2C_802/2021 du 24.11.2022

23

■ **Solution (II)**

- TF retient que la pondération du prix à 50 % est insuffisante.
- TF renonce à fixer une pondération précise du prix dans les « marchés les plus simples », mais opte pour une limite inférieure de 60 % dans ce type de marchés.
- Il appartient ensuite au pouvoir adjudicateur de fixer la pondération du prix qui convient, en tenant compte de cette limite minimale.
- Annulation de l'appel d'offres entaché d'arbitraire et renvoi au pouvoir adjudicateur pour nouvelle décision dans le sens des considérants.



TF 2C_802/2021 du 24.11.2022

24

■ **Commentaire**

- Appréciation de la complexité de la prestation mise en soumission en fonction de sa description dans l'appel d'offres (et non de façon générale).
- Point décisif : des différences de qualité entre les offres.
- Critiques :
 - fixation d'une limite minimale inférieure absolue pour la pondération du prix (60 %), dans les marchés les plus simples « bei einfachsten Vergaben ».
 - Difficultés à interpréter cette nouvelle notion juridique indéterminée de « marchés les plus simples ».



Arrêt CCST-JU du 14.12.2023

25

■ Faits

- 6 septembre 2023 : le Parlement de la République et Canton du Jura approuve la nouvelle loi cantonale sur les marchés publics, laquelle est publiée au Journal cantonal officiel.
- L'art. 15 al. 3 de cette loi dispose ce qui suit :
[E]n plus des critères d'adjudication mentionnés dans l'AIMP, les critères « fiabilité du prix » et « différence de niveau des prix dans les pays dans lesquels la prestation est fournie » peuvent être pris en compte dans le respect des engagements internationaux de la Suisse.
- Recours du Conseil d'Etat jurassien contre cette disposition auprès de la Cour constitutionnelle cantonale (requête en contrôle de la constitutionnalité et de la conformité au droit supérieur).



Arrêt CCST-JU du 14.12.2023

26

■ Droit

- Compétence du Gouvernement jurassien de déposer des « requêtes » tendant à l'annulation de lois adaptées par le Grand Conseil (art. 178 let. a Cpa-JU).
- Cognition de la Cour constitutionnelle limitée aux griefs invoqués, sauf lorsque la loi contrôlée est manifestement contraire au droit supérieur (art. 182 al. 2 Cpa-JU).
- A l'appui de sa « requête », l'Exécutif jurassien fait valoir que l'art. 15 al. 3 LMP-JU serait contraire à l'art. 63 al. 4 AIMP, qui autorise les cantons à adopter des dispositions d'exécution de l'Accord dans le respect des engagements internationaux.



Arrêt CCST-JU du 14.12.2023

27

■ Solution

- Interprétation de l'art. 63 al. 4 AIMP : limitation de l'autonomie législative des cantons ayant ratifié l'Accord.
- Possibilité pour les cantons d'adopter des dispositions d'exécution, mais pas d'adopter des nouvelles règles qui imposeraient des droits et obligations, et ce même si ces règles sont compatibles avec les buts et principes de l'Accord (c. 4.1).
- Dans le cadre des travaux parlementaires, le législateur (intercantonal) aurait volontairement refusé de reprendre les deux critères litigieux dans l'AIMP. Référence au vote des cantons, ayant refusé par 15 voix de reprendre ces critères au motif qu'ils seraient difficiles à appliquer et potentiellement discriminatoires.
- Par conséquent, l'ajout de ces critères par le législateur cantonal viole l'art. 63 al. 4 AIMP.



Arrêt CCST-JU du 14.12.2023

28

■ **Commentaire**

- Solution louable, mais motivation quelque peu lacunaire.
- Motivation fondée exclusivement sur la question formelle de la compétence résiduelle du canton résultant de l'art. 63 al. 4 AIMP.
- Pas d'examen matériel des critères d'adjudication litigieux.
- Conformité au principe de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires ?
- Conformité au principe de rentabilité (utilisation judicieuse des deniers publics) ?



ATF 148 II 564

29

■ **Faits (I)**

- 2.12.2004 : signature d'une convention d'affichage entre la Commune de Lancy et la société A. SA.
- mai 2018 : une concurrente B. SA manifeste son intérêt à soumissionner auprès de la Commune en vue du renouvellement de la concession.
- 11.6.2019 : signature d'une nouvelle convention d'affichage entre la Commune et A. SA (du 1.1.2020 au 31.12.2029).
- 27.1.2020 : après plusieurs relances de B. SA, la Commune informe cette dernière de la convention signée le 11.6.2019.
- 13.2.2020 : sur requête de B. SA, la Commune rend une décision susceptible de recours.
- 26.2.2020 : recours au Tribunal administratif de première instance.



ATF 148 II 564

30

■ **Faits (II)**

- 12.4.2021 : admission du recours par le TAPI-GE et constat de la nullité de la décision attribuant la concession à A. SA. Renvoi de la cause à la Commune pour publication d'un appel d'offres dans les 4 mois. B. SA est renvoyée devant les juridictions civiles pour attaquer la convention signée. Cet arrêt du TAPI est attaqué par A. SA et la Commune auprès de la Chambre administrative de la Cour de Justice.
- 19.10.2021 : admission très partielle du recours par la CJ-GE. Délai de 6 mois accordé à la Commune pour publier un appel d'offres ou pour réintégrer la tâche publique. Pas d'entrée en matière sur la validité de la convention signée (droit privé).
- Recours de A. SA et de la Commune auprès du TF.

A. SA conclut à ce que l'arrêt soit annulé et la décision d'attribution initiale confirmée. La Commune conclut à ce que seule l'illicéité de la procédure d'octroi de la concession soit constatée, à l'exclusion du rapport d'obligations déjà noué.



ATF 148 II 564

31

■ **Droit (I)**

- Pas d'application de l'art. 83 LTF (octroi de concession)
=> attention nouvel art. 9 LMP/AIMP !
- Violation grave et patente de l'art. 2 al. 7 LMI (absence de tout appel d'offres public non discriminatoire et transparent ouvrant à la concurrence le transfert de la concession).
- Atteinte à la liberté économique et à la neutralité concurrentielle de l'Etat (art. 27 et 94 Cst.).
- La décision d'octroi de la concession est nulle.
- Autres conséquences matérielles et procédurales ?



ATF 148 II 564

32

■ **Droit (II)**

- En droit des marchés publics, si le contrat a déjà été conclu avec le soumissionnaire, l'instance de recours se borne à constater l'illicéité de la décision contestée (cf. art. 9 al. 3 LMI et 58 al. 2 AIMP).
- En cas de violation de l'art. 2 al. 7 LMI, possibilité pour l'instance de recours d'ordonner les mesures nécessaires au rétablissement d'un état conforme au droit (pas d'application des règles spéciales du droit des marchés publics).
- Les concessions ne sont pas des contrats de droit privé, mais sont soumises au droit public, de sorte qu'elles tombent dans la sphère de compétence du juge administratif. Ce dernier peut se prononcer sur la validité du rapport contractuel fondé sur une concession.



ATF 148 II 564

33

■ **Droit (III)**

- Il n'est ainsi pas exclu que le juge administratif puisse constater la nullité d'une concession « par ricochet ».
- Le TF s'impose une retenue en l'espèce et considère qu'il ne lui appartient pas de se substituer aux instances précédentes.
- Il considère également la nullité de la concession n'est pas l'objet du recours au TF dont il est saisi, de sorte qu'il n'est pas habilité à trancher ce point.
- Il conclut qu'il appartient à la Commune de tirer les conséquences de l'arrêt et de prendre toutes les mesures permettant de remédier à la situation illicite qu'elle a créée, à savoir organiser un appel d'offres dans les 6 mois ou réintégrer la tâche dans ses prérogatives.
- La concession d'affichage déjà conclue ne doit pas entraver la mise en œuvre de ces mesures.



ATF 148 II 564

34

■ **Commentaire**

- Solution et motivation globalement convaincantes.
- Clarification des conséquences en cas de violation des règles à respecter lors de la transmission de monopoles cantonaux (art. 2 al. 7 LMI).
- Regrettable que la nullité de la concession n'ait pas été tranchée.
- Portée de l'arrêt limitée compte tenu de l'art. 9 LMP/AIMP.



Les arrêts utiles

35

- 1 Le respect des obligations fiscales – Une condition de participation à géométrie variable ? (TAF B-714/2022).
- 2 Sous-enchère et offre anormalement basse – Droit d’être entendu avant une éventuelle exclusion (TF 2D_46/2020).
- 3 La qualité pour recourir d’une association professionnelle (section SIA) (TF 2C_196/2023).
- 4 Impact de la valeur estimée du marché sur l’accès aux voies de recours (TAF B-3534/2021).
- 5 Précision du degré de spécification des contrats-cadres (TAF B-3238/2021).
- 6 La procédure de recours en cas de décisions d’exclusion et d’adjudication notifiées séparément mais simultanément (TAF B-2522/2021).



Merci de votre attention

36

