



Marchés publics 2020

# Les grandes nouveautés

## Réglementation et autres aspects

Jean-Baptiste Zufferey

# COVID 19

- Exemption légale pour des raisons de santé/sécurité (LMP/AIMP art. 10.4.b)
- KBOB (recommandations du 27 mars 2020) :
  - Procédures en cours
    - Faire usage de la rectification (délais)
    - Privilégier la réception électronique des offres
  - Procédures à venir :
    - Eviter au maximum les procédures ouvertes (→lots)
    - Ne demander les attestations qu'au soumissionnaire potentiel
  - Deux cas de gré à gré :
    - Marché complémentaire (prolongation du marché actuel)
    - Urgence en raison de circonstances imprévisibles

# Programme

- La législation
  - Le droit fédéral
  - Le droit cantonal
- Les normes privées
- Le droit de la concurrence
- Les PPP toujours
- D'autres nouveautés encore
- Le nouveau droit
  - Où en est-on ?
  - L'architecture des textes
  - Les éléments les plus importants

# Repère bibliographique

- Le contenu du livre « Marchés publics 2020 »
- Les 3 autres livres de l'Institut en 2020
- Le N° 1/2020 de la revue BR/DC (brdc online)
- Les nouvelles publications
  - Le droit suisse
    - Les ouvrages généraux et les monographies (état en février 2020)
    - Les commentaires d'arrêt
  - L'apport du droit étranger
    - Les revues les plus importantes : une façon de suivre la jurisprudence européenne et des pays qui nous entourent
    - Le « Flamme »

# Baurecht

Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen

# Droit de la construction

Revue du droit de la construction et des marchés publics

4/2019

## Zur Beweislast bei der Mängelrüge

Alexandra Jungo

## Les décisions en lien avec le fonds de rénovation d'une propriété par étages

Valentin Piccini

## Kalkulationshilfen für Regearbeiten

Jörg Bucher

## Aktuelle Rechtsfragen zum ISOS

Peter Hess

## Planification des parcs éoliens

Naomie Stürmer

## Rechtsprechung zum Vergaberecht – Jurisprudence en droit des marchés publics

Bayler / Jäger / Scherler / Zuffeney



# Le droit fédéral

- La réglementation des marchés publics :
  - LMP<sub>1994</sub> 2.1 lit. h (exemption pour le patrimoine financier). De l'eau au moulin GE de l'exemption pour les caisses de pension/fondations immobilières
  - Abandon de la réforme de la LTF (83 et QJP)
  - Les valeurs seuils ne changent pas (Réglementation, p. 220/415 [sauf fournitures en gré à gré : 100 → 150])
- Les multiples interventions parlementaires :
  - Défendre la place économique suisse
  - La motion 19.3566 soulève aussi des questions **juridiques** :
    - Le droit de faire concurrence (ATF 138 I 378, Glarnersach)
    - La « stratégie du propriétaire »
    - La fin du statut « quasi in-house »
    - Le soumissionnaire étatique
    - La double casquette de l'Etat (autorité et acteur économique)

# Le droit fédéral

- Les autres normes
  - Le droit du travail : l'extension progressive des CCT à tout le territoire suisse – une facilitation pour les marchés publics
  - Les lanceurs d'alerte (whistle blowing) : abandon du projet !
  - LPE 35e ss : interdiction des bois récoltés illégalement
  - OLED 3 lit. a : les grands adjudicateurs doivent désormais gérer eux-mêmes leurs déchets – de nouveaux marchés
  - Le développement des normes sur le développement durable



# Le droit cantonal : quelques tendances

- Pression sur les concours au niveau local
- Pression sur les tribunaux :
  - Effet suspensif limité (dans son principe et dans le temps)
  - Jugement dû dans les 6 mois
  - Annulation de l'adjudication seulement si les irrégularités sont matérielles
- Assujettissement des églises et autres corporations religieuses (quels que soit les ouvrages concernés)
- Ouverture des registres cantonaux

# Les normes privées pertinentes

- SIA :
  - 102 ss : une question de droit de la concurrence
  - Commentaire de l'art. 1



- KBOB : « version cockpit 2020 [5.9] »

# Le droit de la concurrence fait partie du droit des marchés publics

- Les **accords de soumission** (Engadine : ATAF 2018 IV/12, JdT 2019 I 263) : (1) la surveillance se renforce; les procédures sont lourdes; (2) les sanctions se multiplient (amendes; exclusion; self-cleaning ?)
- Les **tarifs** dans la construction sont contestés à l'aune de l'arrêt GABA (art. 5 LCart; ATF 143 II 297). Situation en 2020 : (1) SIA 102 ss : suppression de l'art. 7 (coefficients de calcul du tarif temps, dont la valeur Z); (2) KBOB : suppression des recommandations sur les honoraires
- Les **émoluments de protection** (pour la mise à disposition des documents d'appel d'offres) : la COMCO les juge discriminatoires car disproportionnés → le nouveau droit maintient la mention des frais
- La clause de **l'offre unique** est valable (arrêt GE) : elle favorise la concurrence; elle n'est pas contraire au droit de la concurrence. Elle doit néanmoins être formulée de manière proportionnée (possibilité de prouver l'indépendance économique). En droit européen : article sur la jurisprudence, arrêt N° 42 à propos des entreprises « apparentées »

# D'autres éléments encore

- La fin des « PPP » du point de vue juridique : aucun arrêt; la doctrine se tarit; l'Association n'existe plus; le nouveau droit assujettit les concessions et délégations de tâches publiques (art. 9)
- Abandon de simap2019. Nouveau projet lancé en 2020, pour 2022-2023
- **Guide romand** : l'édition 2020 propose de nouvelles annexes (conditions de participation et critères d'aptitude/adjudication; méthodes de notation des prix; sous-traitance; contribution au développement durable), de nouveaux modèles (révision du K2, gré à gré compétitif)



Marchés publics 2020

Les grandes nouveautés

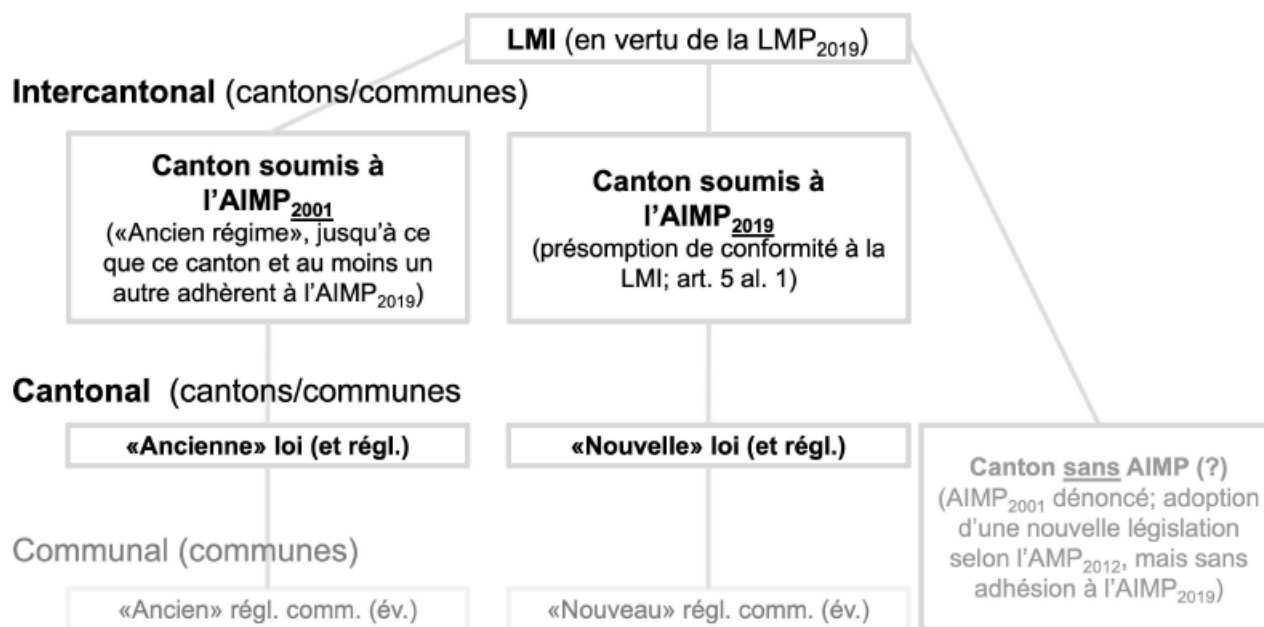
Le nouveau droit

Jean-Baptiste Zufferey

# Le nouveau droit (du neuf avec de l'ancien, mais pas seulement)

- Où en est-on à l'issue de presque 20 ans de travaux législatifs ?
  - Un nouvel accord de l'OMC en 2012. Déjà en révision (retrait des USA) ?
  - LMP 2019. OMP disponible (Réglementation, p. 229). Entrée en vigueur prévue au 1<sup>er</sup> janvier 2021. **Droit transitoire** (art. 62; Réglementation, p. 211); quid en cas de gré à gré
  - AIMP 2019. Les adhésions vont commencer en 2021. Cf. art. 12.1 (conditions de travail « en vigueur en Suisse »). Comment l'AIMP va-t-il s'appliquer durant cette **phase transitoire** ? (art. 65; Réglementation, schéma p. 5 et note p. 385)

# \* AIMP (dès 2020 au plus tôt)



# Le nouveau droit

- L'architecture générale

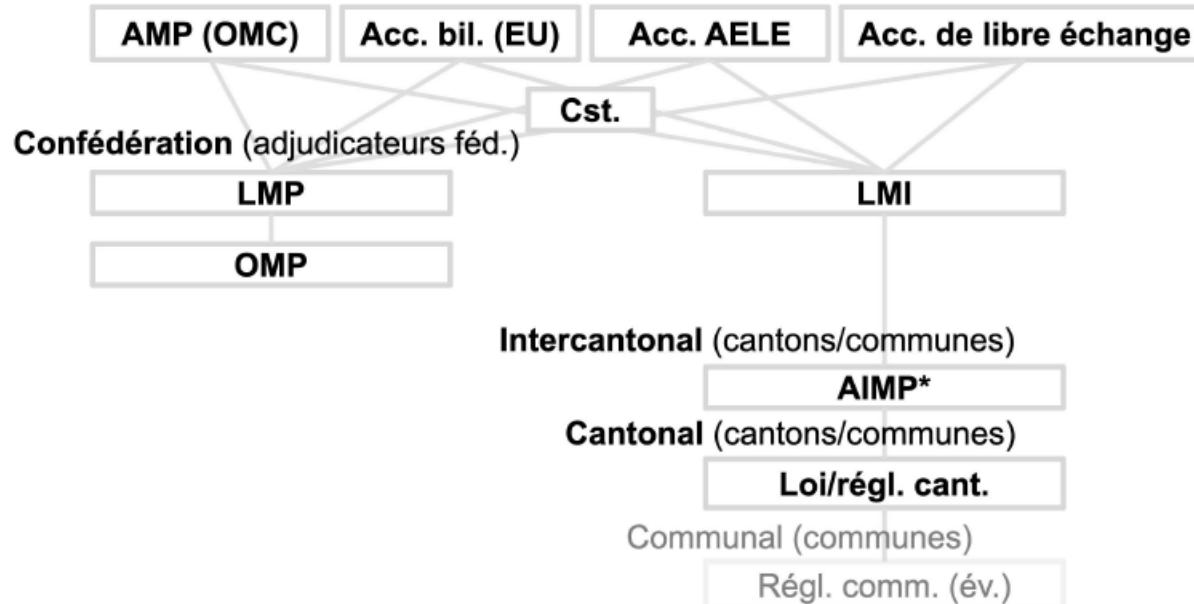
- Ce qui ne change pas : la hiérarchie et les rapports entre les textes (Réglementation, schémas p. 3 et 4)
- Ce qui change :
  - Accord OMC : Annexe 4 (fournitures civiles); Annexe 5 (CPC et classification sectorielle !!!; Réglementation, p. 133 et 171); Annexe 7 (notes et dérogations; cf. B.1[« Make or Buy »], C.1[caisses de pension], C.2)
  - LMP : loi plus explicite → OMP réduite (disparition des « autres marchés » des art. 32 aOMP); Annexe 5, pt 1.b (concessions et délégations de tâches publiques)
  - AIMP : contenu presque totalement identique à la LMP; portée du droit cantonal très réduite (néanmoins : art. 63 al. 4); plus de DEMP



# Marchés internationaux

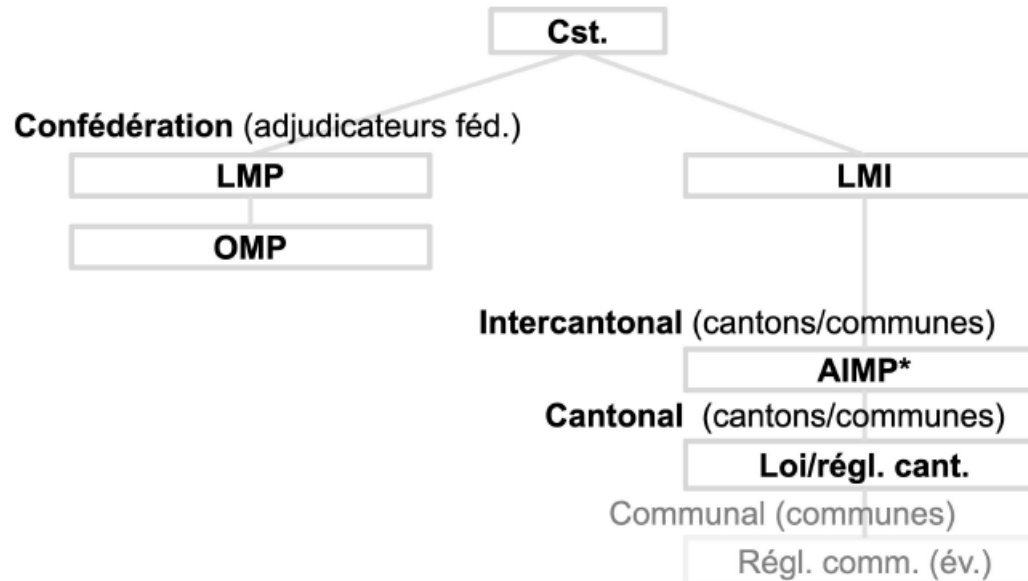
- Pour certains adjudicateurs
- Pour certains marchés
- Supérieurs aux seuils

**International** (selon les conditions d'application respectives)



# Marchés internes

- Tous les adjudicateurs
- Tous les marchés
- Quelle que soit leur valeur



# Le nouveau droit

- Les autres lois fédérales (LMP Annexe 7, qui disparaîtra). En particulier :
  - LTF 46.2 : plus de feries dans les recours de marchés publics (ReMP et RCst.Subs)
  - LTF 83 f : pure modification de forme; les 2 conditions cumulatives négatives demeurent (« ou »). Au surplus, le projet de révision de la LTF est abandonné
  - LMI :
    - Art. 5 : une présomption légale qui facilite le travail
    - Art. 9 : droit de recours = AIMP. Bitte nicht berühren !

# Le nouveau droit

- Les « consolidations » :
  - Champ d'application **objectif** (art. 8 et 9) : marché, concession et délégation de tâche publique
  - Champ d'application **subjectif** (art. 10) : exemption immobilière; services juridiques; marchés en vue de revente; in-state, in-house et quasi in-house (thèse de Ludin)
  - Questions opérationnelles (cf. MP18 pour plus de détails) : préimplication, récusation, procédure sélective, gré à gré compétitif, ouverture des offres non publique, tri des offres, attestations seulement pour l'adjudicateur potentiel

# Le nouveau droit

- Les nouveautés (cf. MP18) :
  - Divers points utiles : « l'offre la plus avantageuse »; les enchères électroniques; le contrat-cadre (art. 25; livre p. 351 ss); les contrats de durée limités à 5 ans; concours et mandats d'étude parallèles (SIA 142 et 143)
  - la suppression des négociations sur les prix dans les marchés fédéraux. Mais : (1) « rectification »; art. 39 (p. 387); (2) « dialogue », pour les prestations complexes, intellectuelles ou innovantes; art. 24
  - Le prix régulé dans les marchés fédéraux : (1) la vérification (OMP 24); (2) la prise en compte des niveaux de prix (LMP 29.1)
  - La protection juridique « primaire » et « secondaire » et l'effet suspensif : pas d'unification !

# Le nouveau droit

- La protection juridique dans les marchés fédéraux (art. 52) :
  - Extension à tous les marchés (même si « autres ») :
    - Fournitures/services : 150'000
    - Construction : 2'000'000
  - Mais al. 2 : plus de protection primaire pour les marchés non internationaux (230'000 / 8'700'000) !
  - Dommages-intérêts : uniquement si les faits sont incontestables (malgré l'art. 58.3); seulement pour les dépenses (et plus les frais de recours)

# Le nouveau droit

- La protection juridique dans les marchés cantonaux et communaux (art. 52) :
  - Délai de 20 jours
  - Une seule instance cantonale (FR, VS)
  - Protection primaire dans tous les recours
  - « A tout le moins » dès le seuil de la procédure sur invitation (150'000 / 300'000)
  - Pas de recours pour les contrats subséquents aux contrats-cadres (art. 53.6)

# Le nouveau droit

- L'effet suspensif du recours (art. 54; contribution de Me Delessert) :
  - Les marchés fédéraux :
    - Pour les marchés internationaux : plus ou moins le régime actuel (« aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose »)
    - Pour les marchés non internationaux : le contrat peut être conclu immédiatement (pas de protection primaire). « Stand still » pendant le délai de recours ?
  - Les marchés cantonaux et communaux : plus ou moins le régime actuel; la protection primaire impose le Stand still pendant le délai de recours. Rôle de la bonne foi après 5 jours ?



En guise de conclusion

Longue vie au nouveau droit des  
marchés publics