



Les grandes nouveautés

Réglementation et autres aspects

Jean-Baptiste Zufferey

COVID 19

- Impact réduit mais réel : CJ GE ATA/850/2020
- Exemption légale pour des raisons de santé/sécurité (LMP/AIMP art. 10.4/2.b)
- KBOB (recommandations jusqu'au 31 décembre 2022) :
 - 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
 - Multiplication des cas de gré à gré :
 - Marché complémentaire (prolongation du marché actuel)
 - Urgence en raison de circonstances imprévisibles (???)

L'augmentation des prix : un problème

- Pour les contrats déjà conclus, le droit privé : solution à l'amiable ou CO/SIA 118
- Pour les marchés adjugés, si refus de contrat :
 - Relance de la procédure et actualisation des offres
 - ≠ bid bonds
- Pour les appel d'offres et les offres (N° 64) :
 - Durée de validité réduite + prolongation/actualisation
 - Positions ouvertes jusqu'au dernier moment
 - Prix de référence et concurrence sur la marge
 - Intégration des normes SIA 122 à 126 dans le processus d'appel d'offres
 - Comment procéder en l'absence d'offre ? (N° 63)

Programme

- La législation
 - Le droit international
 - Le droit fédéral
 - Le droit cantonal
 - L'AIMP 2019
 - La réception dans les cantons latins
- Les normes privées
- La « tâche publique »

Posez vos questions

droitconstruction@unifr.ch

Repère bibliographique

- Le contenu du livre « Marchés publics 2022 »
- Le livre sur la jurisprudence 2020-2021
- Les commentaires d'arrêts dans BR/DC (brdc online)
- Quelques nouvelles publications en droit suisse
 - Le « Handkommentar »
 - Les thèses :
 - Michael Geiger
 - Martin Ludin
 - Matthieu Seydoux
- Les avis de droit et les recommandations disponibles en ligne

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 Pizzoni

Kalkulationshilfen für Regiarbeiten

Jörg Bucher

Aktuelle Rechtsfragen zum ISOS

Peter Hess

Planification des parcs éoliens

Naemine Stürmer

Rechtsprechung zum Vergaberecht – Jurisprudence en droit des marchés publics

Boyerer / Jäger / Schweizer / Zuffeney



Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht
Institut pour le droit suisse et international de la construction

Institut für Baurecht / Institut du droit de la construction

Aktualitäten - Juni 2022 / Bulletin d'actualités - juin 2022

Gesetzgebung und andere Texte / Législation et autres sources

Revision der Ordnungen SIA 142 und 143

Révision des règlements SIA 142 et 143

Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für die Schweizerische Betonwaren-Industrie – Verlängerung und Änderung vom 9. Mai 2022

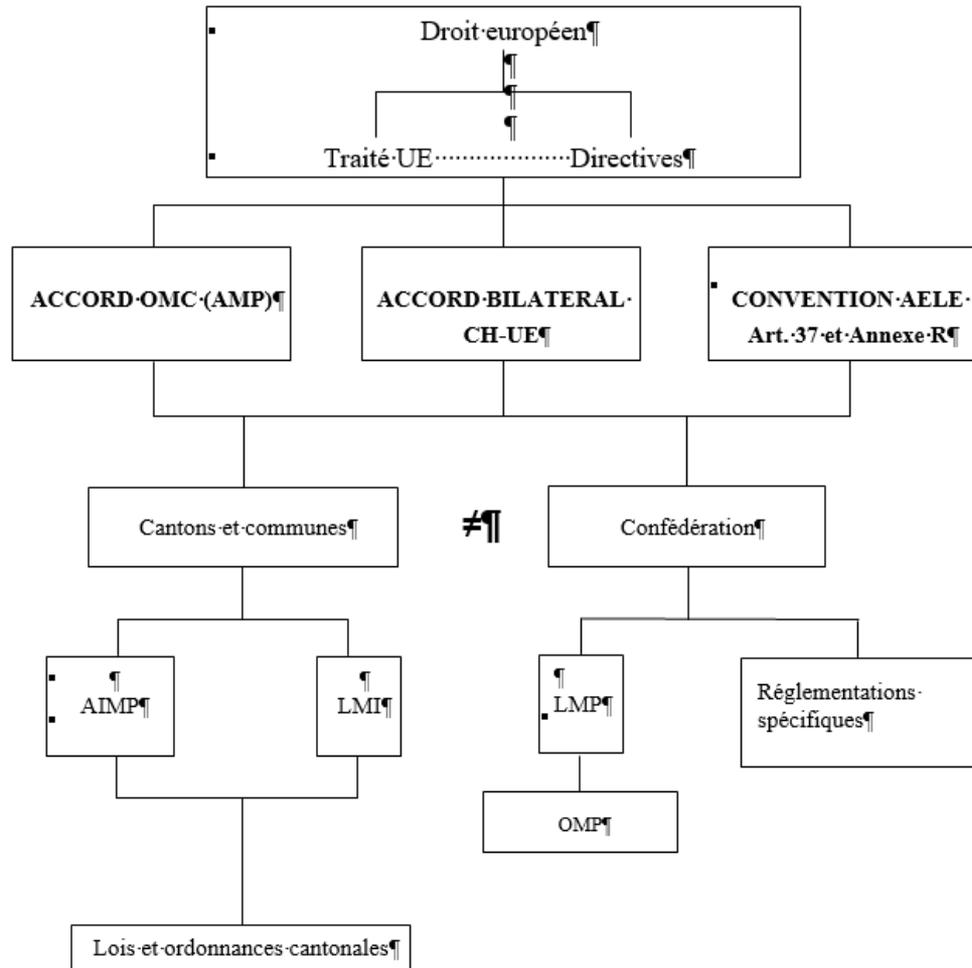
Arrêté du Conseil fédéral étendant le champ d'application de la convention collective de travail pour l'industrie suisse des produits en béton – Prolongation et modification du 9 mai 2022

Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages der Schweizerischen Elektrobranche – Änderung vom 9. Mai 2022

Le droit des marchés publics

- Une architecture stable
- L'AMP 2012 :
 - Entrée en vigueur pour la Suisse : 1^{er} janvier 2021
 - La LMP (OMP) le transpose déjà
 - Il s'applique aussi aux marchés cantonaux et communaux, sans attendre l'adhésion au nouvel AIMP
 - Cette situation n'est cependant pas catastrophique

Les législations sur les marchés publics



Le droit fédéral

- LMP depuis le 1^{er} janvier 2021 + OMP + révision de divers autres textes fédéraux
- Les valeurs seuils de 2020 restent valables jusqu'à fin 2023 (annexe 4 LMP). Attention au gré à gré pour les fournitures (100 → 150)
- Quelques thèmes particuliers (cf. ég. présentation au colloque MP20) :
 - « TIP »
 - Art. 2 et 41 LMP : l'offre « la plus avantageuse »
 - Art. 13 ss OMP : une réglementation détaillée des concours et des « MEP ». Attention à la composition du jury.

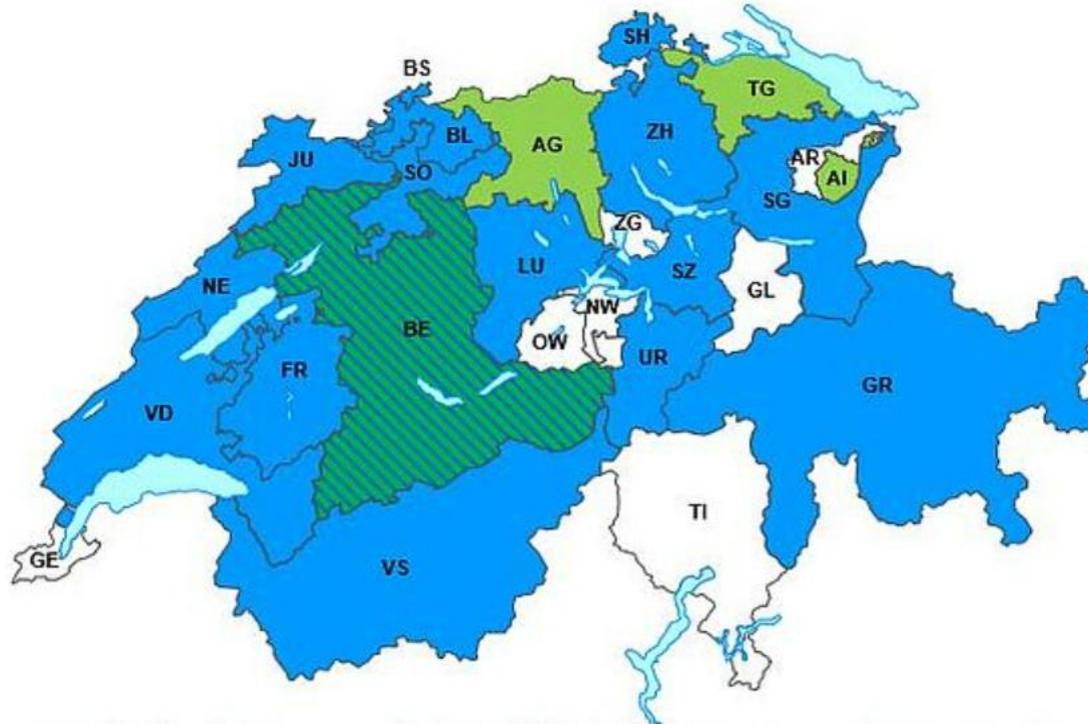
Le droit fédéral

- Quelques thèmes particuliers (cf. ég. présentation au colloque MP20) :
 - La langue des publications, des documents d'appel d'offres, des offres, de la procédure, des contrats et des recours
 - La vérification du prix : art. 24 OMP
 - La protection juridique primaire et secondaire
 - La publication de toutes les adjudications supérieures à CHF 50'000.-

Le droit cantonal et l'AIMP 2019

- Texte du 15 novembre 2019, adopté à l'unanimité des cantons au sein de l'AiMp
- Adhésions individuelles (carte ; actualisation nécessaire au jour le jour) ; bases légales variables
- Droit transitoire : art. 64 (≠ gré à gré)
- Droit intermédiaire :
 - Art. 65 al. 2
 - Champ d'application : l'exemple du seuil du gré à gré pour les fournitures (100 → 150)
 - Deux garde-fous: AMP ; art. 5 al. 1 LMI

Vue d'ensemble des adhésions à l'AIMP 2019 (état au 29.04.2022)



Le canton de Berne n'est pas membre de l'AIMP2019. Il applique cet accord intercantonal comme droit cantonal selon sa propre voie de recours.

Adhésion à l'AIMP 2019 entrée en vigueur

Procédure d'adhésion cantonale en cours

Le droit cantonal et l'AIMP 2019

- Berne : nouveau droit depuis le 1^{er} février 2022, mais pas d'adhésion formelle (!!!)
- Prescriptions différentes de l'AIMP; exemples :
 - Deux instances de recours (\neq art. 52)
 - Droit applicable aux marchés passés avec des organismes d'insertion socio-professionnelle
 - Peines conventionnelles pour le non-respect des conditions de travail
 - Pas d'invitation des concurrents « d'une autre région linguistique »

Le droit cantonal et l'AIMP 2019

- Fribourg :
 - Un compromis dans le débat en matière de concours (pour les communes)
 - La langue de la procédure dans un canton bilingue
 - Interdiction de principe de la multi-sous-traitance
Solution : lien direct avec tout sous-sous-traitant ?
Sanction ? Exception pour les entreprises générales et totales
 - Labels et écolabels

Le droit cantonal et l'AIMP 2019

- Vaud :
 - Recours possible en fonction de la procédure et non pas de la valeur-seuil. Pas de recours pour le gré à gré concurrentiel (véritable)
 - Annonce de « sous-traitants » fournisseurs/transporteurs
 - Conditions de travail :
 - Reconnaissance des CCT du lieu de provenance
 - Sauf dans les cas où (1) Vaud impose une CCT et (2) elle n'a pas d'équivalent au lieu de provenance
 - La tradition vaudoise des peines conventionnelles

Le droit cantonal et l'AIMP 2019

- Les autres cantons latins :
 - Neuchâtel (pas de recours contre le gré à gré ordinaire)
 - Le Valais :
 - La procédure sur invitation s'organise comme une procédure ouverte ; pas plus de 3 offres en gré à gré ordinaire concurrentiel ; renonciation aux attestations pour les marchés « de peu d'importance » ; sous-traitants à annoncer sous forme de « panel »)
 - Pression pour des critères environnementaux (inventaire des transports et analyse du cycle de vie des produits)

Le droit cantonal et l'AIMP 2019

- Les nouveautés hors AIMP 2019 :
 - Genève : 20% maximum d'employés temporaires par rapport aux employés fixes pour l'exécution des marchés importants (construction) ; quotas pour les plus petits marchés
 - Les valeurs seuils de 2020 restent valables jusqu'à fin 2023 (décision de l'AiMp). Attention au gré à gré pour les fournitures (100 → 150)

Les normes privées pertinentes

- Le Guide romand n'est pas encore adapté au nouveau droit ; projet TRIAS
- Simap est relooké
- SIA : révision des règlements 142 et 143 :
 - Simple toilettage ; harmonisation sémantique
 - Annexe détaillée sur la procédure (hybride) de concours d'étude et réalisation
- KBOB – « Cockpit » :
 - Documents administratifs pour les procédures d'adjudication
 - 2022 : programme des concours/MEP selon les art. 22 LMP et 13 ss OMP ?

Une réalité économique

- La COMCO :
 - Recommandations. Un exemple (controversé) : la commande d'énergie électrique
 - Interventions dans des procédures concrètes : art. 9 al. 2^{bis} LMI ; OCF sur la notification des décisions de dernière instance cantonale (y compris le gré à gré)
 - Enquêtes en cas de soupçon de cartels de soumission (même en Suisse romande : communiqué du 20 janvier 2022)
- La participation aux appels d'offres de la part de soumissionnaires « publics » → une nouvelle loi ?

Posez vos questions

droitconstruction@unifr.ch



Marchés publics 2022

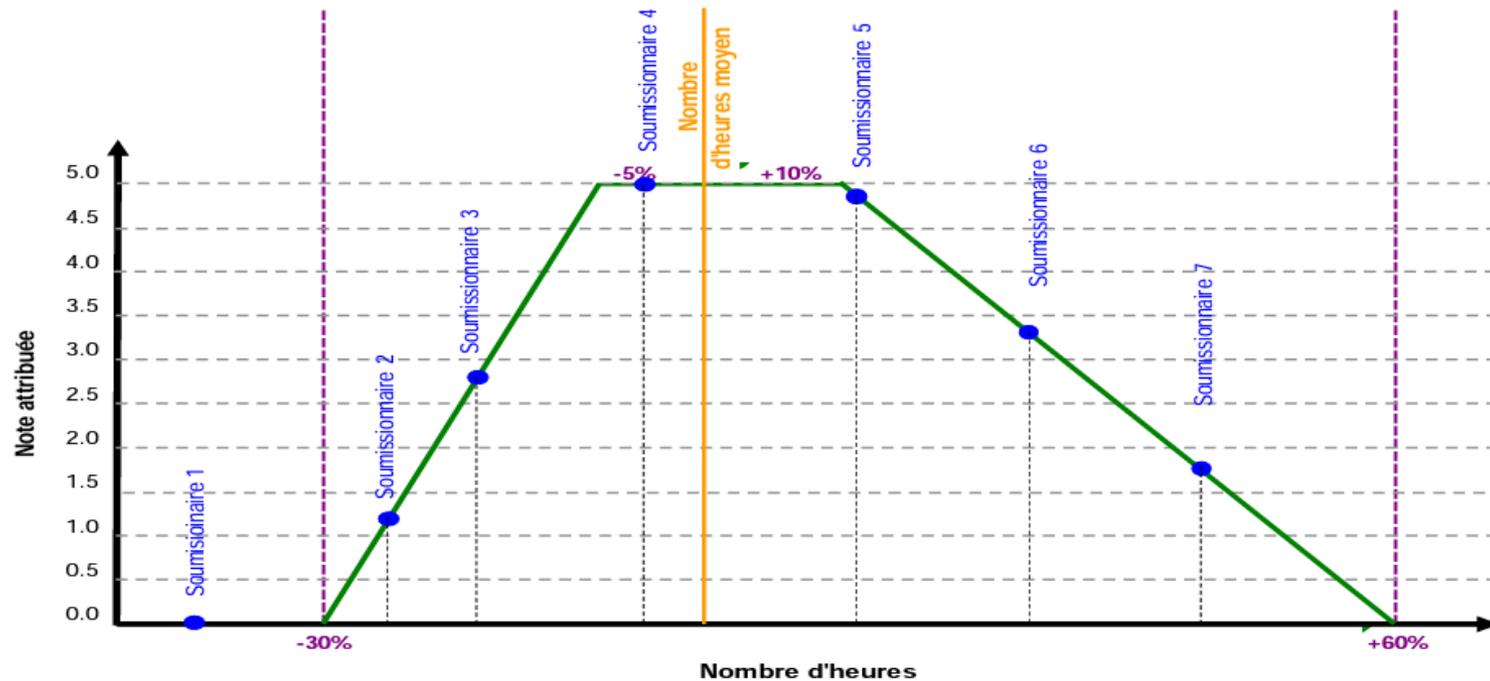
La jurisprudence récente

Jean-Baptiste Zufferey

La jurisprudence récente

- Quelques rappels en guise d'introduction (320 arrêts)
- Arrêts choisis (en dehors des autres conférences) :
 - N° 13 : Validité de la clause de l'offre unique au sein des groupes économiques
 - N° 30 : spécifications techniques non discriminatoires
 - N° 32 : mise à disposition de toutes les informations disponibles et utiles aux soumissionnaires
 - N° 38 : nouvelle offre après une adjudication sans suite. La pertinence des antécédents (art. 44 al. 1 lit. h LMP/AIMP)
 - N° 58 et 97 : comment évaluer les prestations des mandataires pour des travaux ; rôle des CFC
 - N° 98 à 101 : offres anormalement basses

Notation du temps consacré sur une échelle de 0 à 5



Le nombre d'heures moyen s'obtient en additionnant le nombre d'heures estimé par l'adjudicateur aux nombres d'heures offerts par les soumissionnaires puis en divisant le tout par le nombre d'offres + 1. Si le nombre d'offres est inférieur à 5, le nombre d'heures moyen correspond à celui estimé par le pouvoir adjudicateur

La jurisprudence récente

- (suite) :
 - N° 64 et 68 : Sous-critères \neq éléments d'appréciation d'un critère ; peut-on arrondir les notes ?
 - N° 69 ss : multiples arrêts en matière de références
 - N° 74 à 77 : calcul du délai pour déposer les offres
 - N° 82 à 84 : intangibilité des offres, correction des erreurs et rectification (art. 39 LMP/AIMP)

La jurisprudence récente

- Parmi les arrêts qui viennent de tomber :
 - Un soumissionnaire qui a renoncé à recourir contre une première adjudication, désormais révoquée, est recevable à recourir contre la nouvelle adjudication à un autre soumissionnaire (TF 2D_27/2020, SJ 2022 N° 2, p. 93)
 - Refus de l'effet suspensif pour un recours dans un marché de collecte des ordures (TF 2C_438/2021). Un changement de tendance, dans l'optique de l'art. 54 al. 2 LMP/AIMP ?
 - Marché de l'affichage : CJ GE ATA/1088/2021 ; CDAP VD MPU.2021.0019

La jurisprudence récente

- Pour terminer : arrêt de la CJUE C-537/19 du 22 avril 2021 ; résumé : M. Beyeler, BR/DC 4/2021, p. 198 ss :
 - « Grundstücksprivileg » (art. 10 al. 1 lit. b AIMP)
 - Un marché exige une commande de prestation
 - Droit de superficie Bluefactory à Fribourg
 - Limite : il peut y avoir commande si la collectivité influence fortement la construction
 - ≠ durée du bail, options, demandes expresses, mandataire du locataire
 - Financement indirect complet ?

En guise de seconde conclusion

La jurisprudence répond à de multiples
questions ;

lisons-la avec assiduité
et bienveillance !



Marchés publics 2022

La « tâche publique »

Jean-Baptiste Zufferey

La « tâche publique »

- Une notion centrale en droit administratif, indéfiniment controversée, qui incite à la modestie, mais avec une portée réactivée par le nouveau droit des marchés publics :
 - Art. 8 al. 1 LMP/AIMP (ég. art. 5 al. 1 LMI) : « en vue de l'exécution d'une tâche publique »
 - Lisons le récent article RDS du Prof. Etienne Poltier
 - Une nouvelle délimitation ?
 - Le problème du champ d'application objectif demeure

Deux énigmes autour de la notion de marché public: analyse des art. 8 et 9 LMP/AIMP 2019

ETIENNE POLTIER*

Mots-clés: champ d'application, objectif et subjectif, du droit des marchés publics, organisme de droit public, entreprise publique, notion de marché public, tâche publique, délégation de tâche publique, concession, patrimoine financier de l'État

A. Introduction

I. Les premières réglementations: objectif et champ d'application

La loi fédérale sur les marchés publics, auparavant en vigueur, a été adoptée le 16 décembre 1994 (ci-après LMP 1994); l'accord intercantonal sur le même objet (ci-après AIMP 1994; encore en vigueur) l'a été le 25 novembre 1994. Depuis lors, la pratique et la jurisprudence se sont attachées à définir *le champ d'application* de cette législation; on pourrait parler à cet égard de vingt-cinq ans de tâtonnements. On en veut pour preuve que le Tribunal fédéral, récemment encore, paraît avoir rencontré de grosses difficultés à apporter des réponses sur ce thème¹. À vrai dire, la LMP et l'AIMP 1994 étaient peu didactiques à ce propos: ils ne contenaient pas de définition de la notion de «marché public». Très tôt, la jurisprudence y a suppléé en en donnant une première définition². Par marchés publics, on désignait en substance toutes les acquisitions par l'État de biens et de services auprès d'agents économiques privés moyennant le paie-

La « tâche publique »

- Un rond-point pour s'orienter (avec ou sans base légale) :
 - Art. 8 al. 1 : « Tâche publique » à interpréter largement = besoin des pouvoirs publics; les marchés du patrimoine financier des collectivités ; l'exemple des bâtiments (N° 67)
 - Art. 9 : les concessions « dans l'intérêt public » (sans ouverture internationale) :
 - = concessions de « services publics » ? ≠ Prof. Poltier
 - ≠ concessions domaniales ou de monopole
 - Art. 83 lit. f LTF ?
 - Art. 9 : « la délégation de tâche publique » : aucune situation de monopole et donc aucun octroi d'un droit exclusif ou spécial
 - Art. 2 al. 7 LMI : transmission des monopoles (de droit ou de fait).
Art. 5 al. 1 LMI : clause d'équivalence
 - Tâche publique et tâche d'intérêt général des organismes de droit public

La « tâche publique »

- Les indices en jurisprudence :
 - Tâche publique admise
 - Admise/refusée
 - refusée
- Attention aux arrêts plus anciens (N° 97)
- L'apport des sentences européennes et étrangères (N° 98 ss)

La « tâche publique »

- Admise :
 - N° 75 : mandataires CO² mis à disposition
 - N° 77 : gestion du péril animalier et suivi environnemental d'un aéroport international
 - N° 80 : gestion des théâtres municipaux
 - N° 82 : attribution de concessions de taxis
 - N° 86 : service de soins à domicile
 - N° 87 : production des sacs à ordures et gestion des taxes
 - N° 91 : service d'animation pour la jeunesse
 - N° 93 : construction de logements sociaux
 - N° 95 : gestion des soins aigus stationnaires en hôpital

La « tâche publique »

- Admise/rejetée :
 - N° 79 : exploitation d'un système de vélib
 - N° 74 : affichage sur les transports publics ; N° 83, 84 et 89 : affichage sur le domaine public ou privé ; CDAP VD MPU.2021.0019 ; CJ GE ATA/1088/2021
 - N° 94 : travaux sur des bâtiments d'une caisse de pension
- Rejetée :
 - N° 76 : surfaces commerciales au sein d'une gare
 - N° 78 : gestion d'un hôtel appartenant à une commune
 - N° 81 : projet-pilote de géothermie profonde
 - N° 85 : prestations de sauvetage en montagne
 - N° 88 : organisation de la Foire de Bâle
 - N° 90 : construction d'un parking public

En guise de dernière conclusion

La tâche publique est un cheval fou ;
Avec un juge bon cavalier, il peut
franchir tous les obstacles...

Posez vos questions

droitconstruction@unifr.ch